HABEAS CORPUS Nº 522.719 - SP (2019/0213117-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - SP227133
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	LANDELON FERNANDES SILVEIRA
PACIENTE	:	FERNANDO FERREIRA DOS SANTOS
PACIENTE	:	PAULO CESAR FERNANDES SILVEIRA (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LANDELON FERNANDES SILVEIRA, FERNANDO FERREIRA DOS SANTOS e PAULO CESAR FERNANDES SILVEIRA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo, que deu provimento à apelação da acusação em acórdão assim ementado (fls. 132-133):

> APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - Sentença absolutória - Recurso ministerial — Pretendida condenação dos acusados nos exatos termos dos memoriais — Acolhimento — Materialidade e autoria delitivas em relação ao tráfico suficientemente comprovadas no decorrer da instrução — Negativa de autoria que restou isolada no conjunto probatório amealhado — Circunstâncias da prisão que comprovam a participação de todos os acusados na mercancia ilícita - Depoimento de policiais — Validade — Pequenas divergências nos relatos das testemunhas que não tem o condão de in firmar a prova — Associação para o tráfico - corréus Paulo e Fernando — Ocorrência — Denúncias anônimas e diligência policial, corroboradas por seguro conjunto probatório amealhado durante a instrução, que comprovam o vínculo associativo entre os acusados, para a prática do comércio ilícito de entorpecentes — Condenação de rigor — Dosimetria — Fixação das penas-base de Landelon e Paulo no mínimo legal — Circunstâncias judiciais favoráveis aos agentes - Quantidade e natureza do entorpecente apreendido consideradas para o afastamento do redutor a que alude o art. 33, § 4°, da Lei de Drogas — Utilização simultânea desses fatores para majorar a pena-base e afastar a benesse legal que ocasionaria inegável 'bis in idem' — Sanção inicial de Fernando fixada acima do patamar básico, em razão de maus antecedentes — Manutenção das expiações iniciais de Fernando e Landelon na segunda fase, a despeito do reconhecimento da atenuante da menoridade relativa do segundo acusado, que não tem o condão de reduzir a pena aquém do mínimo legal — Inteligência da Súmula 231, do STJ — Majoração imprimida à sanção de Paulo, em decorrência da reincidência — Inaplicabilidade da causa de redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 - Quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos que impedem a concessão da benesse legal - Preponderância do art. 42, da citada

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: C30652A7-A2BD-436A-BD96-D032B3308D37

> lei, sobre as circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal — Ademais, manifesta incompatibilidade entre a condenação por associação para o tráfico (Paulo e Fernando) e o reconhecimento do tráfico privilegiado — Evidências de que os agentes se dedicavam à atividade criminosa, não fazendo jus, portanto, à redução de pena — Reincidência de Paulo que também obsta a aplicação do aludido redutor — Incidência, ainda, das causas de aumento previstas no art. 40, IV e VI, da Lei de Drogas, em relação aos coacusados Fernando e Paulo, haja vista a comprovação de que os crimes foram cometidos com emprego de arma de fogo e com envolvimento de adolescente — Fixação do regime inicial fechado, que se revela o único cabível à espécie. Crime de tráfico equiparado a hediondo — Gravidade concreta dos delitos cometidos pelos réus, notadamente em razão da vasta quantidade de entorpecente apreendida em poder deles, que determina o cumprimento da pena em regime mais gravoso, bem como desautoriza a concessão de quaisquer benesses legais. A luz da novel orientação do Pretório Excelso (HC nº 126292), a execução da pena será imediata, com a segregação do réu, sem que haja ofensa ao principio constitucional da presunção da inocência. Recurso provido, expedindo-se mandados de prisão em desfavor dos acusados após esgotadas as vias recursais nesta instância.

O Tribunal de origem deu provimento ao recurso da acusação para condenar *Landelon Fernandes Silveira* às penas de 5 anos de reclusão, em regime fechado, e 500 dias-multa, por ofensa ao art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, e *Fernando Ferreira dos Santos* e *Paulo Cesar Fernandes Silveira* às penas de 10 anos e 12 dias de reclusão, em regime fechado, e 1.562 dias-multa, por contrariedade aos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, c.c. o art. 40, IV e VI, todos da mesma lei já citada.

O impetrante alega constrangimento ilegal em relação ao paciente *Paulo Cesar Fernandes Silveira* em razão da nulidade da condenação baseada em prova decorrente de violação de sigilo telefônico e de dados sem mandado judicial.

Em relação às condenações de *Paulo* e *Fernando* pelo delito de associação para o tráfico, aduz que *para a configuração do crime em comento, necessário é a presença de estabilidade e propósito convergente para o fim de praticar o comércio ilícito, não se confundindo isso com o mero concurso de agentes* (fl. 11).

Afirma, ainda, que *em relação ao paciente Paulo a conduta atribuída na denúncia, isto é, de contribuído para o tráfico dando tiros contra policiais, caracteriza o crime previsto no art. 37 da lei de drogas, tipo privilegiado em relação ao crime do art. 33 da referida lei* (fl. 13). Defende, também, *o afastamento da causa de aumento de pena decorrente da presença ou utilização de arma de fogo. É que esta circunstância confunde-se e subsume-se*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: C30652A7-A2BD-436A-BD96-D032B3308D37

a conduta imputada a Paulo. Logo, invoca-la para aumentar ainda mais a pena de Paulo resultou em flagrante e vedado bis in idem (fl. 14), bem como a fixação do regime semiaberto.

Quanto ao paciente *Landelon*, sustenta que a pena foi majorada sem a devida fundamentação e que a quantidade de entorpecentes não é elencada como elemento a ser considerado na terceira fase da dosimetria, sendo de rigor a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, ressaltando, outrossim, que foi fixado regime mais gravoso sem motivação adequada, cabendo ainda a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

No tocante ao paciente *Fernando*, sustenta que *a pena deve ser reduzida para patamar não superior a 04 anos, alterando-se o regime para o inicial aberto e substituindo-se a pena de prisão por sanção restritiva de direito. Se porventura for mantida a pena de Fernando em patamar superior a 04 anos deverá então ser o regime alterado para o inicial semiaberto* (fl. 24), não podendo ser considerado como portador de maus antecedentes, pois a única condenação que possui foi cumprida há mais de cinco anos, sendo aplicável também o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Requer, liminarmente, a suspensão cautelar dos efeitos da condenação, e, no mérito, a anulação da condenação ou, subsidiariamente, a desclassificação de imputação, a redução das penas, a alteração de regime inicial e a substituição das sanções privativas de liberdade por penas restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida.

As informações foram prestadas.

O parecer do Ministério Público Federal foi pela não admissão do *writ.*

É o relatório.

DECIDO.

De início, no que se refere ao constrangimento ilegal em relação ao paciente *Paulo Cesar Fernandes Silveira*, em razão da nulidade da condenação baseada em prova decorrente de violação de sigilo telefônico e de dados sem mandado judicial, respectivo assunto não foi objeto de debate no aresto impugnado, ficando esta Corte impedida de fazê-lo sob pena de indevida supressão de instância.

De igual modo, ocorreria indevida supressão de instância caso esta Corte discutisse a tese do tipo privilegiado previsto no art. 37 da Lei de Drogas, porquanto não debatida na instância de origem.

No que tange às condenações de *Paulo* e *Fernando* pelo delito de associação para o tráfico, assim se manifestou o Tribunal local (fls. 149-151 –

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: C30652A7-A2BD-436A-BD96-D032B3308D37

com destaques):

> [...] Da mesma forma, quanto ao delito associação para o tráfico exercida por Paulo e Fernando, merece acolhimento o recurso ministerial.
> Ora, **o cenário fático desenhado nos autos não deixa dúvidas acerca do vínculo associativo entre os dois acusados acima citados, destinado ao tráfico de drogas, conforme se evidencia das diligências efetivadas pelos policiais**, que culminaram na apreensão do entorpecente e na prisão em flagrante dos envolvidos.
> Nesse passo, **as delações anônimas, a diligência policial e a apreensão de grande quantidade e variedade de entorpecentes em poder de Fernando e do menor Richard**, em conhecido ponto de venda de drogas, tudo sob a vigilância e assistência material e moral de Paulo são evidências não apenas do tráfico desenvolvido pelos apelados, como também da associação para o exercício da atividade criminosa.
> **E, havendo esta efetiva participação dos integrantes do grupo para a prática do delito, não há como se afastar a ocorrência da associação para o tráfico. A habitualidade nessa conduta decorre da demonstração do conluio para a mercancia de entorpecentes entre os integrantes da organização criminosa e não pode ser descartada.**
> **Destarte, não houve o mero concurso de agentes. Ao revés, plenamente demonstrado o ajuste prévio e a execução compartilhada da conduta dos denunciados consistente no comércio ilegal de substâncias psicotrópicas com divisão do lucro auferido com a venda, pouco importando, na espécie, qual o quinhão de cada um dos réus na empreitada criminosa.**
> **Nessa toada, a fala dos policiais confirma o conluio entre eles, já que, detalhadamente, explicaram a maneira em que se deram as diligências que culminaram na apreensão das drogas e na prisão dos envolvidos.**
> **Nesse passo, esclareceram os agentes da lei que, no exercício da atividade criminosa, o adolescente Richard era o responsável pela venda direta ao usuário; Fernando tinha a função de busca a droga no local do armazenamento; e Paulo fazia a segurança armada do bando, dando suporte à ação delitiva.**
> Desta feita, comprovada a conjugação de esforços entre eles, que resultaria na continuidade da disseminação das substâncias ilícitas no mercado de consumo, não fosse a eficaz intervenção policial, Paulo e Fernando violaram também o disposto no art. 35, *caput*, da Lei n° 11.343/2006, devendo, portanto, ser responsabilizados por esta conduta.[...]

Como se vê, concluiu o Tribunal estadual que *o cenário fático desenhado nos autos não deixa dúvidas acerca do vínculo associativo entre os dois acusados acima citados, destinado ao tráfico de drogas, conforme se evidencia das diligências efetivadas pelos policiais*, acrescendo que restou *plenamente demonstrado o ajuste prévio e a execução compartilhada da conduta dos denunciados consistente no comércio ilegal de substâncias psicotrópicas com divisão do lucro auferido com a venda, pouco importando,*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: C30652A7-A2BD-436A-BD96-D032B3308D37

na espécie, qual o quinhão de cada um dos réus na empreitada criminosa.

Nesse contexto, tendo a Corte de origem, soberana na apreciação da matéria fático-probatória, concluído pela existência de provas suficientes à condenação do delito de associação para o tráfico, considerando que a instrução probatória também contou com diligências policiais e testemunhos desses agentes detalhando o esquema da venda de entorpecentes, ressaltando-se, ainda, que *a habitualidade nessa conduta decorre da demonstração do conluio para a mercancia de entorpecentes entre os integrantes da organização criminosa e não pode ser descartada*, refutar tais afirmações demandaria o revolvimento das provas lá colhidas, o que, como sabido, não é possível nesta via, constatando-se, assim, a comprovação da estabilidade e da permanência do vínculo associativo entre os pacientes *Paulo* e *Fernando*.

Em relação ao afastamento da causa de aumento de pena, imputada a *Paulo*, decorrente da presença ou utilização de arma de fogo, sustentando a impetrante a ocorrência de *bis in idem*, pontuou o Tribunal de origem (fls. 158-159):

> [...] pelo reconhecimento das causas de aumento de pena previstas no art. 40, IV e VI, da Lei de Drogas em relação aos coacusados Fernando e Paulo, conforme já delineado nesta decisão, de rigor a exasperação de suas reprimendas em mais 1/5, o que totaliza 07 anos de reclusão e pagamento de 699 dias-multa.[...]

Como visto da transcrição acima, aumentou-se a pena do paciente *Paulo*, em 1/5, pela presença de duas causas previstas nos incisos do art. 40 da Lei de Drogas, quais sejam: *o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva* (IV) e *sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação* (VI).

No caso corrente, relatou o Tribunal local que *disparos de arma de fogo foram efetuados contra os policias, fazendo com que o adolescente conseguisse fugir para o interior da favela. Apurou-se que uma das pessoas que realizou os disparos foi Paulo, que exercia a vigilância e segurança dos demais denunciados para que estes realizassem a traficância* (fl. 135).

Logo, a majoração da reprimenda, em 1/5, por duas causas de aumento atribuídas aos crimes – presença de adolescente e disparo de arma de fogo –, não se mostra desarrazoada, uma vez que concretamente motivada. A propósito:

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: C30652A7-A2BD-436A-BD96-D032B3308D37

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. INTEGRANTE DE FACÇÃO CRIMINOSA. FUNDAMENTO IDÔNEO. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, IV, DA LEI N. 11.343/2006. PISTOLA DE USO RESTRITO E COM NUMERAÇÃO DE SÉRIE ADULTERADA. MAJORAÇÃO EM 1/3. RAZOABILIDADE. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
[...]
4. A aplicação da fração de 1/3 pela majorante do art. 40, IV, da Lei de Drogas está concretamente motivada, tendo em vista a utilização, para viabilizar o tráfico de drogas, de uma pistola de uso restrito e com a numeração de série adulterada. Precedentes.
[...]
7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena . (HC 433.035/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe 07/03/2018).

HABEAS CORPUS. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. TERCEIRO COMANDO PURO. DOSIMETRIA DA PENA. (I) REPRIMENDA BÁSICA FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. (II) ART. 40, INCISO IV, DA LEI N. 11.343/2006. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. ACRÉSCIMO NO PATAMAR DE 2/3 (DOIS TERÇOS). MOTIVAÇÃO CONCRETA.
[...]
4. A Lei n. 11.343/2006 estabelece limites mínimo e máximo de aumento de pena em razão da incidência das causas de aumento descritas no art. 40. Diante disso, a doutrina e a jurisprudência pátrias anunciam que cabe ao magistrado sentenciante, dentro dos limites legais e nos termos do princípio do livre convencimento motivado, aplicar a fração adequada ao caso concreto, em obediência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.
5. Na espécie, a fração de 2/3 (dois terços) foi aplicada considerando a elevada quantidade de armas apreendidas, sendo algumas privativas das Forças Armadas e estando algumas delas com a numeração suprimida.
6. Desse modo, não há teratologia manifesta a ser sanada, pois atende ao dever de individualização da reprimenda a punição mais severa do agente diante do forte aparato bélico utilizado pela associação criminosa. Precedentes.
7. Ordem denegada. (HC 383.506/RJ, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 06/04/2017).

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: C30652A7-A2BD-436A-BD96-D032B3308D37

No tocante ao paciente *Landelon*, sustenta a impetrante que a pena foi majorada sem a devida fundamentação e que a quantidade de entorpecentes não é elencada como elemento a ser considerado na terceira fase da dosimetria, afirmando, ainda, que a condição de relativamente menor foi desprezada, sendo de rigor a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

Sobre a questão, assim se pronunciou o Tribunal *a quo* (fls. 154-156 – com destaques):

> [...] Fernando é portador de mau antecedente, conforme se infere do documento de fls. 73; lado outro, Paulo é reincidente (fls. 82), mas tal circunstância será devidamente valorada na segunda fase da dosimetria; e Landelon é tecnicamente primário (fls. 75).
> Deste modo, *in casu*, forçoso manter-se a pena-base de Paulo e Landelon no mínimo legal cominado (05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa), haja vista a impossibilidade de consideração da mesma circunstância (quantidade de droga) na primeira e na terceira fase da dosimetria, como pretendido pela acusação.
> E, no que toca a Fernando, em razão do referido mau antecedente, de rigor a exasperação da sanção inicial em 1/6, o que resulta 05 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa.
> Na segunda fase da dosimetria, as expiações de Fernando e Landelon devem se manter inalteradas, a despeito do reconhecimento da atenuante da menoridade relativa do segundo acusado (fls. 75), dada a impossibilidade de mitigação da sanção aquém do mínimo legal, a teor da Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça.
> [...]
> E, na terceira fase, incabível o redutor previsto no art. 33, § 4°, da Lei n° 11.343/2006.
> *In casu*, **a natureza e quantidade do entorpecente apreendido, <u>aliadas as demais circunstâncias que envolveram o delito</u>, devem ser consideradas para afastar a incidência da aludida causa de redução**.
> Nessa medida, como dito alhures, o art. 42 da Lei n° 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4° do art. 33 da citada lei. Destarte, o caso concreto revela que os acusados não fazem jus, de forma alguma, à aplicação do referido redutor.
> [...]
> **Não se deslembre, ainda, a condenação de Paulo e Fernando pelo crime de associação para o tráfico, o que robustece a não incidência do art. 33, § 4°, da Lei de Drogas**.[...]

Acerca da condição de relativamente menor, consignou o TJSP que, *a despeito do reconhecimento da atenuante da menoridade relativa do segundo acusado, dada a impossibilidade de mitigação da sanção aquém do mínimo*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: C30652A7-A2BD-436A-BD96-D032B3308D37

legal, a teor da Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça.

Verifica-se, portanto, que a decisão proferida pelo Tribunal de origem, no tocante à impossibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal, por força de circunstância atenuante, encontra-se em consonância com o posicionamento adotado nesta Corte, previsto na Súmula 231/STJ, a qual se encontra em pleno vigor. Confira-se:

> PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SÚMULAS 83 E 231 DO STJ. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO. NECESSÁRIO REEXAME DE PROVAS. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.
>
> 1. A pretensão recursal de reduzir a pena-base para aquém do mínimo legal, na segunda fase da dosimetria, encontra óbice no comando da Súmula 231/STJ: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".
>
> [...]
>
> 4. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 1367431/DF, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 19/12/2018).

Outrossim, como visto, a pena-base do paciente *Landelon* foi mantida em seu mínimo legal, sendo que só na terceira fase da dosimetria, a quantidade de drogas apreendida – 202 pinos de cocaína, 38 pedras de *crack* e 50 porções de maconha (fl. 134) –, aliada às demais circunstâncias que envolveram o delito, foi motivo para afastar o redutor prescrito no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, o que se coaduna com o entendimento deste Tribunal. Vê-se:

> AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. CRIME DE TRÁFICO DROGAS. ARGUIÇÃO DE INIDONEIDADE DO AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE TÓXICOS APENAS COM BASE NA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. MAIS DE 3KG DE COCAÍNA. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. UTILIZAÇÃO NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES. *BIS IN IDEM*. PENA-BASE REDUZIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO, DE OFÍCIO.
>
> 1. Nos termos do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, fará jus à aplicação da causa especial de diminuição prevista no mencionado dispositivo o acusado primário, portador de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.
>
> 2. Para se desconstituir o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias acerca da dedicação do Agravante à atividade criminosa e, por conseguinte, concluir pelo preenchimento dos requisitos previstos no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, seria necessário proceder ao revolvimento do conjunto

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: C30652A7-A2BD-436A-BD96-D032B3308D37

> fático-probatório dos autos, o que não se mostra cabível na via estreita do *habeas corpus*. Precedentes.
> 3. Sob pena de *bis in idem*, a quantidade da droga apreendida não pode ser utilizada de forma concomitante para justificar o aumento da pena-base e para valorar o montante da causa de diminuição da pena preconizada no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, ou para afastar a sua aplicação.
> 4. Agravo regimental desprovido. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para reduzir a reprimenda para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. (AgRg no HC 502.410/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 02/08/2019).
>
> PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CONFISSÃO PARCIAL. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA EM PARTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> [...]
> 3. Nos termos do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.
> 4. Concluído pela instância antecedente, com fundamento na quantidade de drogas e nos demais elementos constantes dos autos que o paciente se dedica ao comércio ilícito de drogas, a alteração desse entendimento - para fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.
> 5. **Não há se falar em *bis in idem*, pois, além da quantidade da droga apreendida, há outros elementos dos autos que evidenciam a dedicação do paciente em atividades criminosas**.
> [...]
> 7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir a atenuante da confissão espontânea, resultando a pena definitiva do paciente em 5 anos de reclusão mais 500 dias multa, a ser cumprida em regime fechado. (HC 498.572/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 28/05/2019, DJe 04/06/2019).

Além disso, como visto dos precedentes acima, para se desconstituir o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias acerca da dedicação dos pacientes à atividade criminosa e, por consequência, concluir pelo

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: C30652A7-A2BD-436A-BD96-D032B3308D37

preenchimento dos requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, necessário seria proceder ao revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável, como dito alhures, na via estreita do *mandamus*.

No que se refere ao paciente *Fernando*, como relatado, aduz a impetrante que *a pena deve ser reduzida para patamar não superior a 04 anos, alterando-se o regime para o inicial aberto e substituindo-se a pena de prisão por sanção restritiva de direito. Se porventura for mantida a pena de Fernando em patamar superior a 04 anos deverá então ser o regime alterado para o inicial semiaberto*, não podendo ser considerado como portador de maus antecedentes, pois a única condenação que possui foi cumprida há mais de cinco anos, sendo aplicável também o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Sobre a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, a análise encontra-se prejudicada porquanto já realizada anteriormente.

No que tange à dosimetria aplicada, assentou o Tribunal de origem que, *no que toca a Fernando, em razão do referido mau antecedente, de rigor a exasperação da sanção inicial em 1/6, o que resulta 05 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa* (fl. 155).

Com efeito, nos termos da jurisprudência desta Corte, condenações anteriores ao prazo depurador de 5 anos, malgrado não possam ser valoradas na segunda fase da dosimetria como reincidência, constituem motivação idônea à exasperação da pena-base a título de maus antecedentes. Nesse sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ALCANÇADA PELO TEMPO DEPURADOR. FUNDAMENTO VÁLIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO DESPROVIDO.
> [...]
> III - Na hipótese, inexiste constrangimento ilegal a ser sanado pela via do *writ*, eis que a jurisprudência deste Tribunal é firme no sentido de que as condenações alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo, assim, o aumento da pena-base. Precedentes.
> Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 512.604/MG, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2019, DJe 09/10/2019).
>
> AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. MAUS ANTECEDENTES. DECURSO DO PERÍODO

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: C30652A7-A2BD-436A-BD96-D032B3308D37

> DEPURADOR PREVISTO NO ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
> 1. Embora o Supremo Tribunal Federal ainda não haja decidido o mérito do RE n. 593.818 RG/SC - que, em repercussão geral já reconhecida (DJe 3/4/2009), decidirá se existe ou não um prazo limite para se sopesar uma condenação anterior como maus antecedentes -, certo é que, por ora, tanto a Quinta quanto a Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça possuem o entendimento consolidado de que as condenações atingidas pelo período depurador previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora não caracterizem mais reincidência, podem ser sopesadas a título de maus antecedentes.
> [...]
> 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 471.346/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/05/2019, DJe 27/05/2019).

No tocante ao regime prisional imposto aos pacientes, assentou o Tribunal *a quo* (fls. 160-162 – com destaque):

> [...] o regime inicial não pode mesmo ser outro que não o fechado, haja vista a extrema perniciosidade da conduta, causadora de conseqüências nefastas para os próprios acusados, suas famílias e ao corpo social como um todo; cuida-se de verdadeiro cancro que fomenta a prática de tantos outros delitos, devendo ser severamente coibido.
> Nesse contexto, regime inicial mais brando não atenderia aos fins da pena, nem surtiria efeito na assimilação da terapêutica penal por parte dos acusados, sobretudo no que se refere à função de prevenção especial positiva da reprimenda.
> Outrossim, a fixação de regime inicial fechado não se afigura inconstitucional, uma vez que reflete apenas a intenção legislativa de coibir mais duramente as condutas dos autores de crimes hediondos e equiparados, os quais o legislador reconheceu possuírem maior lesividade social, o que não impede a realização do princípio da individualização, a ser observado na fixação e na execução da pena.
> [...]
> **Não se pode perder de vista, ainda, a quantidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos em poder deles, evidenciando ligação com fornecedores, distribuidores e produtores de tais substâncias ilícitas, tornando inequívoca a dedicação dos acusados à atividade criminosa**.
> Não bastasse, o *quantum* infligido a Paulo e Fernando determina a fixação de regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 3°, a, do Código Penal.
> Também não se vislumbra hipótese de substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.
> Embora seja de conhecimento que por ocasião do julgamento do Habeas Corpus n.° 97.256/RS, julgado em 1º de setembro de 2010, o pleno do Supremo Tribunal Federal declarou, em sede de controle difuso, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" contida no art. 33, § 4º, da Lei n° 11.343/06, e tenha o Senado Federal pela Resolução n° 5/2012 suspendido a execução do trecho da norma

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: C30652A7-A2BD-436A-BD96-D032B3308D37

> que proíbe a substituição da pena privativa de liberdade, a aplicação de tal instituto deve ser enfrentada nos moldes disciplinados pelo Código Penal, em seu art. 44.
> No caso em tela, cuida-se de crime equiparado a hediondo, valendo aqui as mesmas considerações tecidas quanto ao regime inicial, vale dizer, não se mostra socialmente recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sob pena de a sanção penal não alcançar seus fins.
> Além do mais, a expiação ora suportada pelos réus é superior ao limite estabelecido no art. 44, I, do Código Penal, o que também inviabiliza a concessão da benesse legal.[...]

Em relação aos pacientes *Fernando* e *Paulo*, que foram condenados às penas de 10 anos e 12 dias de reclusão, a fixação do regime fechado encontra supedâneo no próprio Código Penal, nos termos do art. 33, § 2º, alínea *a*, não havendo falar-se, assim, em ilegalidade.

Quanto a *Landelon*, condenado a 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, ressaltou o Tribunal de origem que *não se pode perder de vista, ainda, a quantidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos em poder deles, evidenciando ligação com fornecedores, distribuidores e produtores de tais substâncias ilícitas, tornando inequívoca a dedicação dos acusados à atividade criminosa*, destacando a inicial acusatória que *em razão dos disparos, policiais militares foram ao local para dar apoio, bem como dar continuidade ao policiamento, quando avistaram LANDELON com uma bolsa preta. Este, ao perceber a presença dos milicianos, a dispensou no chão. Por essa razão, realizaram a abordagem. No interior da sacola havia grande quantidade de maconha, crack, eppendorfs de cocaína marcados com a mesma fita vermelha como aqueles que Fernando trazia consigo, bem como a quantia de R$ 1.231,00 (mil duzentos e trinta e um reais) e dois celulares* (fls. 67-68).

Sobre o tema, esta Corte entende que a relevante quantidade de droga apreendida – *in casu*, como dito alhures, 202 pinos de cocaína, 38 pedras de *crack* e 50 porções de maconha (fl. 134) –, constitui fundamento idôneo ao recrudescimento do regime inicial de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal. A propósito:

> PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. SEGUNDO JULGAMENTO PELA MESMA CÂMARA DO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPEDIMENTO OU SUSPEIÇÃO. INOCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE REDISTRIBUIÇÃO DOS AUTOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ARTIGOS 252 E 254 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO PARA DEFESA. INOCORRÊNCIA. ARTIGO 563 DO CPP.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: C30652A7-A2BD-436A-BD96-D032B3308D37

DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. NATUREZA E DIVERSIDADE DE DROGAS E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. EMBALAGEM DAS DROGAS. ENVOLVIMENTO REITERADO NA PRÁTICA DELITIVA. REGIME FECHADO. NATUREZA DA DROGA. IMPOSIÇÃO JUSTIFICADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

4. No tocante ao regime, evidenciada a gravidade concreta da conduta, mormente pela quantidade da droga, resta justificado o regime inicial fechado, a teor dos arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal - CP e 42 da Lei Antidrogas.

5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1785541/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 15/08/2019, DJe 26/08/2019).

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ILICITUDE DA PROVA. INVASÃO DE DOMICÍLIO. ACÓRDÃO IMPUGNADO LASTREADO EM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 126/STJ. ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, III, DA LEI 11.343/06. INADMISSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DO ACERVO PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. MINORANTE DO TRÁFICO. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. SÚMULA 7/STJ. REGIME MENOS GRAVOSO. INADMISSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. QUANTIDADE RELEVANTE DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. NÃO CABIMENTO. MANTIDA A PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. AGRAVO IMPROVIDO.

[...]

4. Encontrando-se devidamente fundamentado o reconhecimento da dedicação ao tráfico de drogas pelo Tribunal de origem, a desconstituição das premissas fáticas deduzidas no acórdão encontra óbice na Súmula 7/STJ.

5. A relevante quantidade de droga apreendida constitui fundamento idôneo ao recrudescimento do regime inicial de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 3º, do CP.

[...]

7. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1601199/SP, por mim relatado, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 02/05/2018).

Ante o exposto, denego o *habeas corpus.*

Publique-se.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: C30652A7-A2BD-436A-BD96-D032B3308D37

Intimem-se.

Brasília, 04 de dezembro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: C30652A7-A2BD-436A-BD96-D032B3308D37