

**HABEAS CORPUS Nº 563.409 - SP (2020/0045776-4)**

**RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO**  
**IMPETRANTE : JOSE RICARDO SOLER DOS SANTOS**  
**ADVOGADO : JOSÉ RICARDO SOLER DOS SANTOS - SP394629**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : KEVEN ARAUJO AMANTE (PRESO)**  
**INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de KEVEN ARAUJO AMANTE em face de acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, assim ementado (fl. 16):

APELAÇÃO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES RÉU QUE TRAZIA CONSIGO 6.950g DE MACONHA PALAVRAS DOS POLICIAIS MILITARES EM SINTONIA COM O CONJUNTO PROBATÓRIO, A MERECER CREDIBILIDADE TRAFICÂNCIA COMPROVADA. CONDENAÇÃO BEM LANÇADA PENA IMPASSÍVEL DE ABRANDAMENTO INAPLICABILIDADE DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS REGIME ADEQUADO RECURSO NÃO PROVIDO.

Consta dos autos que o paciente foi condenado às penas de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

Interposto o apelo defensivo, o Tribunal local negou provimento ao recurso.

Daí o presente *writ*, em que o impetrante sustenta, em síntese, que há constrangimento ilegal, diante da falta de fundamentação para a não incidência do tráfico privilegiado, bem como para manter o regime inicial fechado.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para aplicar-se o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Tóxicos no seu patamar máximo, fixando-se regime diverso do fechado para o início do cumprimento da pena.

A liminar foi indeferida (fls. 56-57).

As informações foram prestadas (fls. 61-71).

O Ministério Público Federal ofertou parecer, manifestando-se pelo não conhecimento do *habeas corpus*, ou por sua denegação (fls. 75-79).

É o relatório.

DECIDO.

A defesa pretende que se reconheça o tráfico privilegiado,

aplicando-se o redutor na fração máxima, e fixando-se regime prisional diverso do fechado para o início do cumprimento da pena do paciente.

A sentença condenatória fixou a dosimetria do paciente nesses termos (fl. 22):

Dessa forma, estando comprovadas a materialidade e autoria delitivas, passa-se à individualização das penas de acordo com o disposto nos artigos 59 e 68, ambos do Código Penal.

Na primeira fase da dosimetria das penas, quanto aos antecedentes, o acusado não possui condenações criminais transitadas em julgado (fls. 113/114), razão pela qual não há que se falar em vida pregressa delituosa para fins de majoração da pena provisória. A quantidade das drogas apreendidas com o acusado será utilizada na terceira fase para afastar a causa de diminuição.

Dessa forma, a pena base é fixada no mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. Na segunda fase, não há circunstâncias agravantes, sendo que o reconhecimento da menoridade relativa (fl. 21) não permite a redução da pena abaixo do mínimo legal nessa etapa da dosimetria. **Na terceira fase, não há a incidência da redução do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, uma vez que, pelos relatos dos Policiais Militares, observa-se que o acusado se dedicava a atividades criminosas, pois era o responsável por abastecer pontos de tráfico na cidade de Guarulhos. Esse fato é corroborado pela grande quantidade de droga que o acusado trazia consigo (dez tijolos contendo 6.950 gramas de “maconha”). Ressalte-se, também, que referida quantidade expressiva de substâncias entorpecentes não são confiadas a quem está iniciando no tráfico. Por isso, não há que se falar, na hipótese, em tráfico privilegiado.** Assim, a pena definitiva é fixada em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. **O regime para cumprimento da pena é o fechado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, tendo em vista a expressiva quantidade de drogas que o réu trazia consigo. Pelo mesmo fundamento acima exposto, isto é, pela grande quantidade das drogas apreendidas, na hipótese, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, conforme o disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal.**

O Tribunal de origem manteve o decreto condenatório, com base nos seguintes fundamentos (17-19):

Na primeira fase, o magistrado sentenciante, atendendo aos critérios dos artigos 59 e 60 do Código Penal, manteve a reprimenda básica no mínimo legal de 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.

Na segunda etapa, embora reconhecida a menoridade relativa do réu, a pena manteve-se inalterada, pois a incidência de atenuante não pode conduzir a sanção penal para aquém do mínimo legal, de acordo com a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Na terceira fase, verifica-se que não era mesmo o caso de se aplicar o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas. Como é cediço, a primariedade do agente não implica a concessão automática do benefício, sendo necessário

o cumprimento cumulativo dos demais requisitos, quais sejam, bons antecedentes, ausência de dedicação a atividades criminosas e não integração de organização criminosa.

**In casu, ainda que o apelante seja primário, as circunstâncias da prisão, a confissão informal no sentido de que levaria a droga para abastecer os pontos de venda, bem como a apreensão de quantidade considerável de entorpecente (maconha com peso líquido 6.950g - fls. 18), evidenciam que ele se dedicava à atividade criminosa e não pode ser tratado como aquele pequeno traficante que comercializa tóxico no varejo para sustentar seu vício.**

[...]

Assim, a reprimenda tornou-se definitiva no piso de 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo, sendo inviável maior abrandamento.

O regime inicial fechado mostra-se o único adequado, pois as circunstâncias em que cometido o delito, com a apreensão de grande quantidade de entorpecente, demonstram que desconto mais brando não seria suficiente para atingir o caráter qualitativo da reprimenda. E não se olvide que a traficância é mola propulsora da criminalidade que assola o país, uma vez que o usuário, na ânsia de sustentar seu vício, pratica toda sorte de delitos, abalando consequentemente toda a sociedade.[...].

Para o afastamento da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, as instâncias ordinárias valoraram, além da quantidade e variedade das drogas – **6.950 gramas de maconha** (fl. 26) –, outras circunstâncias do crime, tendo em vista que, *pelos relatos dos Policiais Militares, observa-se que o acusado se dedicava a atividades criminosas, pois era o responsável por abastecer pontos de tráfico na cidade de Guarulhos. Esse fato é corroborado pela grande quantidade de droga que o acusado trazia consigo*, levando a Corte de origem à conclusão de que o paciente *faz da atividade criminosa seu meio de vida*.

Esta Corte superior entende que, para afastar a benesse com suporte na dedicação a atividades criminosas, é preciso, além da quantidade de drogas, aliar elementos concretos suficientes o bastante que permitam a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas e/ou integra organização criminosa, conforme se verifica no caso dos autos.

Nesse sentido (com destaques):

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. PENA-BASE. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INTEGRAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. BIS IN IDEM. INTERESTADUALIDADE DO DELITO. QUANTUM DE AUMENTO DE PENA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, mostra-se devido o aumento da reprimenda na primeira fase da dosimetria, com base na elevada quantidade de drogas apreendidas.

2. Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto esta Corte Superior de Justiça firmaram o entendimento de que a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas ou mesmo a sua integração em organização criminosa e, conseqüentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque indica maior envolvimento do agente com o mundo das drogas.

3. Por ocasião do julgamento do HC n. 112.776/MS - leading case sobre a discussão acerca do bis in idem nos casos de dosimetria da pena no crime de tráfico de drogas -, em sessão plenária ocorrida no dia 19/12/2013, Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, firmou o posicionamento de que configura *bis in idem* a utilização da quantidade de drogas na primeira fase da dosimetria, como circunstância desfavorável, e, na terceira, para justificar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 em patamar inferior ao máximo legal.

4. Também caracteriza *bis in idem* a utilização da quantidade de drogas apreendidas, na primeira fase da dosimetria, a fim de justificar a exasperação da pena-base e, novamente, na terceira etapa, para fundamentar o afastamento do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, seja a pretexto de integrar o agente organização criminosa, seja para evidenciar a sua dedicação a atividades criminosas. Ressalva pessoal deste relator.

5. **Não configura *bis in idem* caso, além da quantidade de drogas, haja outros elementos concretos nos autos, suficientes o bastante - tais como apetrechos destinados à traficância, anotações sobre contabilidade do tráfico, munições, armas de fogo, processos em andamento etc. -, que permitam a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas e/ou integra organização criminosa.** Também não há falar em *bis in idem* quando a natureza da droga é sopesada para o aumento da pena-base e a sua quantidade, por exemplo, para justificar a impossibilidade de incidência da minorante, porque, nesse caso, tais elementos estão sendo considerados de forma não cumulativa.

6. Uma vez caracterizado o tráfico entre estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal - circunstância que atrai a incidência da majorante prevista no inciso V do art. 40 -, a distância percorrida e/ou o número de fronteiras ultrapassadas pelo agente podem lastrear a escolha da fração de aumento de pena decorrente da interestadualidade do delito.

7. Ordem parcialmente concedida para, reconhecida a ocorrência de bis in idem, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a fim de que realize nova dosimetria da pena dos pacientes, dessa vez com a utilização da quantidade de drogas apreendidas em somente uma das etapas do cálculo da reprimenda.

(HC 373.523/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 21/08/2018)

Desse modo, a pretendida revisão do julgado implicaria o reexame do material cognitivo produzido nos autos, insuscetível de ser realizada na estreita via do *habeas corpus*. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPETRAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...].

3. O parágrafo 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

**4. Fixado na sentença condenatória e no acórdão da apelação, com base nos fatos, que o paciente se dedica a atividades criminosas (...situação em que nada se identifica com a pessoa do Réu, o qual, em caráter de habitualidade, por dispor de expressiva quantidade de drogas, em antro da traficância, expõe evidências no sentido de integrar organização criminosa espúria, dedicando-se, profissionalmente, ao tráfico de drogas, circunstância que evidencia seu enraizamento irresgatável ao submundo do crime...) é inviável o reconhecimento da minorante, pois não atende aos requisitos previstos na lei, conclusão que não pode ser alterada na via eleita, por demandar revolvimento fático-probatório.**

5. Regime de cumprimento e substituição de pena, matérias que não foram decididas pelo Tribunal de origem, o que denota a incompetência deste Sodalício para analisar tais matérias, sob pena de indevida supressão de instância.

6. Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, no caso concreto, essa benesse não se mostra razoável, até porque, mantido o quantum da pena, maior de 4 anos, o pleito é descabido.

7. É que apreendida grande quantidade de droga que atrai a incidência dos ditames norteadores do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, no sentido de que o juiz "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

8. Condenado à pena de 5 anos de reclusão por tráfico de 13g de cloridrato de cocaína, acondicionados em 62 pequenos invólucros, correta a fixação do regime mais gravoso, o fechado.

9. *Habeas corpus* não conhecido (HC 192.828/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 25/6/2013, DJe 1º/8/2013).

Quanto à fixação do regime fechado percebe-se que foi utilizada fundamentação baseada no caso concreto – natureza e quantidade da droga apreendida (6.950 gramas de maconha - fl. 26) –, circunstância específica que se mostra idônea e suficiente para justificar o regime mais gravoso, nos estritos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, c/c os arts. 59 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/06. Neste mesmo sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06).

INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA UTILIZADA PARA AFASTAR A REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, ALIADA A OUTROS ELEMENTOS. REEXAME MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. DESCABIMENTO. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIAS DE REQUISITOS DO ART. 44, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. WRIT NÃO CONHECIDO. (...)

**IV - O regime inicial fechado foi determinado com base na quantidade, diversidade e nocividade das drogas apreendidas, ou seja, "75 eppendorfs de cocaína em pó, 09 porções de cocaína, sob a forma de crack, substância das mais nocivas à saúde e de poder altamente viciante além de 14 trouxinhas de maconha" (fl. 73), o que está em consonância com o entendimento desta Corte, ex vi do art. 33, § 2º, b, e § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/06.**

V - Fixada pena superior a 4 (quatro) anos de reclusão, não há se falar em substituição da corporal por restritiva de direito, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Habeas Corpus não conhecido.

(HC 483.274/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 19/02/2019)

Ante o exposto, denego o *habeas corpus*.

Publique-se.

Intimem-se.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Brasília, 23 de março de 2020.

MINISTRO NEFI CORDEIRO  
Relator