

HABEAS CORPUS Nº 561.850 - SP (2020/0036710-9)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : ADRIANO PROCOPIO DE SOUZA
ADVOGADO : ADRIANO PROCÓPIO DE SOUZA - SP188301
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIS HENRIQUE CAVALCANTI ANDRADE (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em face de acórdão assim ementado (fl. 27):

APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de drogas. Decreto condenatório. Defesa objetiva a fixação da pena-base no mínimo; a concessão da benesse prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06; o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena corporal por restritiva de direitos. Sem razão. Pena básica majorada adequadamente, nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/06. Natureza altamente nociva da droga (cocaína) justificou o acréscimo de 1/6 (um sexto).

Insubsistente o pedido de aplicação do redutor. Embora primário, demonstrado ficou que se dedicava à atividade criminosa. Regime semiaberto. Fundamentação idônea.

Ausentes os requisitos para a substituição da pena corporal por restritivas de direitos. Recurso não provido.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais 500 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas.

Interposta apelação, o Tribunal local negou provimento ao recurso.

Daí o presente *writ*, em que o impetrante sustenta, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que as instâncias de origem teriam incorrido no vedado *bis in idem* ao negar a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, com o mesmo fundamento utilizado para justificar a exasperação da pena-base, qual seja, a quantidade de drogas apreendidas.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para que seja aplicado o referido redutor.

A liminar foi indeferida (fls. 38-39).

As informações foram prestadas (fls. 45-65).

O Ministério Público Federal ofertou parecer, manifestando-se pela concessão do *habeas corpus* (fls. 67-69).

É o relatório.

DECIDO.

Alega a defesa que as instâncias ordinárias utilizaram a quantidade de drogas na primeira e terceira fases da dosimetria, na primeira para elevar a pena-base acima do mínimo legal, e na outra, para afastar a incidência da minorante, incorrendo em indevido *bis in idem*. Em razão disso, pugna pela concessão da ordem para reconhecer-se a aplicabilidade da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

A sentença condenatória fixou a dosimetria da pena do paciente nesses termos (fls. 18-19):

Convicto pela condenação, passo, destarte, à dosimetria da pena.

Em respeito aos artigos 59 e 60 do Código Penal e ainda o artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, verifico que a conduta do réu não foge ao inerente ao tipo. Observo que o acusado é primário, não demonstrando outras circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Analisando a natureza destrutiva e potencial de letalidade das substancias entorpecentes apreendidas cocaína entendo necessário a exasperação da pena base em 1/6, motivo pelo qual a fixo em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Em segunda fase de aplicação de pena, não verifico existência de circunstâncias agravantes. Verifico a incidência da atenuante genérica da confissão espontânea, motivo pelo qual mitigo a pena base em 1/6, fixando-a em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa em seu parâmetro mínimo legal.

Em terceira fase de aplicação de pena, vislumbro que o Réu é primário e de bons antecedentes. Contudo, diante da elevada quantidade de drogas apreendidas, condições de armazenamento, bem como a circunstancia da qual decorreu o armazenamento das drogas, decorrente de contato direto com terceiros e obtenção de remuneração, entendo que há nos autos evidente comprovação de que o acusado faz parte de organização criminosa, sendo elemento importante para os fins ilícitos do delito. Desta forma, entendo inaplicável ao feito a causa de diminuição prevista no §4º do art. 33 da lei 11.340/06.

[...]

Diante deste panorama, não vislumbrando a comprovação de causas de aumento e de diminuição de pena, fixo a pena definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa em seu parâmetro mínimo legal.

Ausente prova da condição financeira do Réu, fixo o valor do dia-multa no mínimo legal de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos (art 49, § 1º, CP).

Estabelece o art. 33, § 2º, b, do CP, que o condenado não reincidente, cuja pena aplicada seja igual ou inferior a 8 anos, poderá desde o início, cumpri-la em regime semiaberto.

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve o decreto condenatório, no

ponto, com base nos seguintes fundamentos (fls. 30-32):

Na primeira fase, a pena-base foi fixada 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, chegando a 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no piso, levando-se em consideração **a natureza "destrutiva e potencial de letalidade" das inúmeras porções de cocaína apreendidas, nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/06.**

Vê-se que o Juízo monocrático fundamentou, suficientemente, o recrudescimento da pena-base, em respeito ao princípio da individualização da pena.

Em outras palavras, não há irregularidade no aumento da pena-base acima do mínimo, já que justificada de maneira razoável por meio de dados concretos, bem como respeitados os critérios da discricionariedade juridicamente vinculada.

O artigo 42 da Lei 11.343/06 dispõe que:

“Art. 42. 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.” O maior grau de nocividade da droga, isto é, sua natureza, constitui elemento concreto revelador da gravidade acentuada do delito e da periculosidade do agente.

Nesse contexto, a droga encontrada com o apelante (cocaína) tem imensa potencialidade lesiva, já que é altamente viciante, sendo capaz de destruir inúmeras famílias. Necessária resposta estatal mais contundente.

Não se constata, desse modo, qualquer deficiência na dosimetria da reprimenda nesta primeira etapa.

Insta salientar que eventual afastamento da circunstância judicial negativa, fixando-se a pena básica no mínimo legal, não teria qualquer efeito prático para o quantum de pena, já que, na segunda etapa, foi reconhecida a atenuante da confissão espontânea, retornando ao patamar mínimo.

Assim, a teor da Súmula 231 do C. Superior Tribunal de Justiça, a pena provisória não poderia ficar aquém do mínimo.

Pois bem.

Na segunda fase, como adiantado, reconhecida a atenuante da confissão espontânea, a pena foi reduzida para o mínimo aplicado ao tipo, qual seja, 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias- multa, no piso.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento e de diminuição, a pena mínima se tornou definitiva.

Nessa derradeira etapa, a pretensão de aplicação da causa de diminuição elencada no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, não merece prosperar, uma vez que não estão presentes as condições imprescindíveis para seu reconhecimento, como bem decidiu e fundamentou o culto Magistrado sentenciante.

A minorante em comento tem origem em questões de política criminal, consistindo em benesse ao pequeno traficante, ainda não envolvido com mais intensidade com o crime.

Para tanto, exige-se primariedade, bons antecedentes, não dedicação a atividades criminosas e não integração à organização criminosa.

Embora o réu seja primário (fls. 292/293), não se está diante de um mero

traficante ocasional.

Foi apreendida considerável quantidade de porções de cocaína, prontas para a comercialização, além da mesma droga a granel.

Os policiais civis tiveram informação anônima de que o réu explorava o tráfico no local, tendo sido autorizada busca e apreensão em sua residência, a qual cominou em sua prisão em flagrante e a apreensão de inúmeras porções de cocaína (total de 76, sendo 2 a granel) e de montante em dinheiro (R\$ 1.590,00), produto do crime.

Esses fatores denotam que sua subsistência era, realmente, nutrida pelo tráfico de entorpecentes, não havendo possibilidade de aplicação do redutor.

Sabe-se que na fixação da sanção inicial dos crimes de tráfico de drogas devem ser analisados com preponderância ao art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente, conforme determinação expressa do art. 42 da Lei 11.343/06.

Assim, relativamente ao aumento da sanção inicial com esteio no volume e na natureza do entorpecente apreendido, não há o que reparar no acórdão impugnado, porquanto este Tribunal Superior entende ser devido o incremento da reprimenda na primeira fase da dosimetria com fundamento nas referidas circunstâncias, em conformidade com o art. 42 da Lei de Drogas. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. OFENSA AO ART. 59 DO CP. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA 568/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 33, CAPUT E § 4º DA LEI Nº 11.343/2006. ALTERAÇÃO DA FRAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. "Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado" (HC 301.872/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 15/03/2017). Súmula 568/STJ.

2. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a existência de provas suficientes a embasar a aplicação das causas de aumento ou de diminuição da sanção, bem como as respectivas frações, porquanto é vedado na via eleita o reexame de fatos e provas. Súmula nº 7/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 1150242/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. QUANTIDADE DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME MAIS BRANDO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A elevada quantidade de drogas apreendidas constitui fundamento idôneo a ensejar a exasperação da pena-base, à luz do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

[...]

5. Agravo regimental não provido (AgRg no HC 355.260/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 27/09/2017).

Por outro lado, conforme visto, consideraram as instâncias ordinárias haver maior reprovabilidade da conduta tendo em vista a natureza e a quantidade de droga apreendida - tratando-se de **182,93g de cocaína** (fl. 14) -, o que motivou a elevação da pena-base em 10 meses.

Outrossim, não há falar em ofensa à proporcionalidade na fixação do *quantum* de aumento da pena-base, tendo em vista, sobretudo, o mínimo e o máximo das penas cominadas abstratamente ao delito de tráfico de drogas (de 5 a 15 anos de reclusão), uma vez fundamentado em elementos concretos e dentro do critério de discricionariedade vinculada do magistrado.

Nesse norte:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA (2.863 GRAMAS DE COCAÍNA). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUMENTO PROPORCIONAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.434/2006. ATUAÇÃO DA PACIENTE NA CONDIÇÃO DE "MULA". APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/6. ÍNDICE PROPORCIONAL. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Via de regra, não se presta o remédio heróico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, e art. 42 da Lei 11.343/06, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.

2. Na fixação da sanção inicial dos crimes de tráfico de drogas devem ser

analisados, com preponderância sobre o disposto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente, conforme determinação expressa do art. 42 da Lei de Drogas.

3. In casu, considerou o Tribunal de origem haver maior reprovabilidade da conduta tendo em vista a natureza e a quantidade de droga apreendida (tratando-se de 2.863 gramas de cocaína), o que motivou a elevação da pena-base em 2 anos. Na linha de precedentes desta Corte Superior, tal entendimento encontra-se dentro da discricionariedade vinculada do magistrado, não sendo devida a alteração da sanção inicial, na estreita via do writ, porquanto não configurada flagrante ilegalidade, em se considerando, sobretudo, as penas máxima e mínima cominadas em abstrato para o tipo penal em questão.

[...]

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 424.150/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. FRAUDE À LICITAÇÃO E FALSIDADE IDEOLÓGICA. ARTS. 90 DA LEI N. 8.666/1993 E 299 DO CP. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO A TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E COM BASE EM ELEMENTOS CONCRETOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REVISÃO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

2. A aplicação da pena é um processo de discricionariedade vinculada, de forma que a dosimetria está atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e às subjetivas do agente, a qual somente pode ser revista por esta Corte Superior nos casos de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade, inexistentes no caso.

[...]

4. Agravo regimental improvido.

(AgInt no AREsp 955.908/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 06/10/2016), com destaque.

Por sua vez, para o afastamento da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, nota-se que as instâncias ordinárias valoraram, além da quantidade de drogas, outros elementos dos autos, notadamente o fato de que as *condições de armazenamento, bem como a circunstancia da qual decorreu o armazenamento das drogas, decorrente de contato direto com terceiros e obtenção de remuneração, entendendo que há nos*

autos evidente comprovação de que o acusado faz parte de organização criminosa, destacando, ainda, que Foi apreendida considerável quantidade de porções de cocaína, prontas para a comercialização, além da mesma droga a granel.

Esta Corte superior entende que, para afastar a benesse com suporte na dedicação à 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, sob pena de indevido *bis in idem*, não havendo ilegalidade no ponto. Nesse sentido:

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).

Ante o exposto, denego o *habeas corpus*.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 20 de março de 2020.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator