HABEAS CORPUS Nº 561.061 - SP (2020/0032142-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	CLAYTON FLORÊNCIO DOS REIS
ADVOGADO	:	CLAYTON FLORÊNCIO DOS REIS - SP221825
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ALEXANDRE GARDINI DO PRADO (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de ALEXANDRE GARDINI DO PRADO, em face de acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO assim ementado (fl. 8):

> Apelação criminal. Tráfico de drogas. Autoria. Prova testemunhal. Policial. Não se há de desconsiderar o testemunho de servidores públicos tão-somente por conta de sua condição funcional. Todo e qualquer depoimento, independentemente da atividade profissional de quem o subscreve, deve ser valorado à vista precípua de sua coerência e verossimilhança com as demais provas dos autos.

Consta dos autos que o paciente foi condenado às penas de 7 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 750 dias-multa pela prática do delito do art. 33, *caput*, da Lei de Tóxicos.

Interposta apelação, o Tribunal local deu parcial provimento para reduzir as penas para 5 anos de reclusão, e 500 dias-multa, mantido o regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda.

Daí o presente *writ*, em que o impetrante sustenta, em síntese, que inexiste fundamentação válida para manter-se a prisão preventiva do paciente, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade, como também para afastar a incidência da redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, no seu patamar máximo, e para deixar-se de fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena.

Requer, pois, o deferimento de medida liminar para revogar-se a prisão preventiva do paciente até o julgamento do presente *mandamus*. No mérito, pugna pela concessão da ordem, para aplicar-se a minorante do art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006, no seu patamar máximo, fixando-se regime prisional mais brando e substituindo-se a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida (fls. 27-29).

As informações foram prestadas (fls. 37-54).

O Ministério Público Federal ofertou parecer, manifestando-se pela concessão do *habeas corpus* (fls. 56-62).

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: CB02E8C7-DBB5-4A5A-8805-9F6133990951

É o relatório.

DECIDO.

Pretende a defesa que se reconheça a incidência do redutor do art. 33, § 4º, do da Lei de Tóxicos na sua fração máxima, estabelecendo-se regime prisional mais brando, e substituindo-se a pena corporal por restritiva de direitos.

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

> Em primeira fase, pela grande quantidade de cocaína, exaspero a pena do réu, com fulcro no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, em 1/2 (metade). Em segunda fase, ausentes circunstâncias legais. **Em terceira fase, inexistentes causas de aumento ou diminuição a serem consideradas, tendo em vista a dedicação à atividade criminosa do tráfico de drogas pelo acusado, tanto que foi identificado como fornecedor de entorpecentes**. **O regime inicial de cumprimento de pena suficiente e necessário é o fechado, pela severa gravidade concreta da conduta, significando forte antagonismo à ordem social, ante a significativa quantidade de drogas, apta a causar ampla lesão à sociedad**e.

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo defensivo, reduzindo as penas do paciente, com base nos seguintes fundamentos (fls. 12-13):

> A pena imposta comporta pequeno reparo.
> Inicialmente, verifica-se que, analisados os critérios do artigo 59 do Código Penal e 42 da Lei nº 11.343/06, foi a pena-base fixada acima do mínimo legal de sete (7) anos e seis (6) meses de reclusão e pagamento de setecentos e cinquenta (750) dias-multa, em razão da quantidade elevada de cocaína.
> Todavia, **à vista do entendimento mais recente subscrito pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, zelando para que a quantidade e variedade das drogas apreendidas não incidam duplamente no cômputo da pena em desfavor do agente** (Pleno HC 109.193/MG Rel. Teori Zavascki j. 19.12.2013 v.u.; 1ªT HC 120.146/SP Rel. Dias Toffoli j. 22.04.2014 m.v.; 2ªT HC 121.239/SP Rel. Ricardo Lewandowisk j. 18.03.2014 v.u.), **de melhor cuidado que esse fator se reserve para consideração adiante, somente na terceira fase do método trifásico disposto no artigo 68, caput do Código Penal.**
> **Neste contexto, de rigor a fixação da pena base no mínimo legal, qual seja, em cinco (5) anos de reclusão, mais pagamento de quinhentos (500) dias-multa, no piso legal.**
> Na segunda fase do cálculo, ausentes agravantes e atenuantes a pena fica mantida no patamar mínimo legal.
> Já na derradeira etapa do sistema trifásico, inviável a aplicação do redutor previsto no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei Antidrogas, em qualquer patamar, tendo em vista a quantidade mais admirável e impressionante de drogas apreendidas, denotando concreto mais sério e comprometido envolvimento criminoso do apelante.

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: CB02E8C7-DBB5-4A5A-8805-9F6133990951

> É que, com o devido respeito para leituras diversas, tem-se que a quantidade total de drogas apreendidas – 2.500g (dois quilos e quinhentos gramas) de "cocaína" – realmente é incompatível com o instituto disposto no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, no repetido entender de diversos julgados desta 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, sempre na estrita observação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **De fato, quantidades assim mais exuberantes apontam cuidar-se de pessoa com mais sério e complexo envolvimento com a criminalidade, distanciando-se ela da situação de traficante puramente avulso e ocasional, em favor de quem se instituiu o redutor legal em foco**.
> [...]
> Frise-se que a substituição por penas restritivas de direitos é instituto normativo que, em tese, há de ser reservada para aquelas hipóteses diferenciadas e muito mais brandas de traficância, preferencialmente cometidas em caráter avulso ou mesmo meramente gratuito, às vezes mesmo circunscritas a relacionamentos sociais concretos. Aí sim, em tese, poder-se-ia cogitar eventualmente da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, com um tratamento penal mais individualizado ao agente e, de outro lado, bem calibrado pela pouca conflituosidade social comportada pelo ilícito.
> Essa situação puramente ocasional, no entanto, não é aquela sobre a qual aqui nos debruçamos e que nos demanda, infelizmente, uma sanção privativa de liberdade mais eloquente e afirmativa que, também por tais razões, não há de ser condicionalmente suspensa (Código Penal, artigo 77, inciso II, em sentido inverso). Pelas mesmas razões, o fechado é o regime compatível e mais adequado para cumprimento inicial dessa pena e, imposto aqui pela maior reprovabilidade da conduta, sequer tem o acusado como socorrer-se da ferramenta disposta no parágrafo 2º o artigo 387 do Código de Processo Penal, ferramenta esta que se reserva exclusivamente para aqueles casos em que o regime inicial se baseia tão-somente na longevidade da pena.

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 –**2,5 Kg de cocaína** (fl. 16) –, outras circunstâncias do crime, tendo em vista que, *quantidades assim mais exuberantes apontam cuidar-se de pessoa com mais sério e complexo envolvimento com a criminalidade, distanciando-se ela da situação de traficante puramente avulso e ocasional, em favor de quem se instituiu o redutor legal em foco.*

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.

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: CB02E8C7-DBB5-4A5A-8805-9F6133990951

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, consequentemente, 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

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: CB02E8C7-DBB5-4A5A-8805-9F6133990951

> 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 requistos 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

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: CB02E8C7-DBB5-4A5A-8805-9F6133990951

> 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 (2,5 Kg de cocaína - fl. 16) –, 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)

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: CB02E8C7-DBB5-4A5A-8805-9F6133990951

Por fim, quanto ao pleito de revogação da prisão preventiva mantida na sentença condenatória, de igual modo, melhor sorte não advém ao paciente.

O decreto condenatório estabeleceu o regime inicial fechado, mantendo a prisão preventiva do paciente pelos seguintes fundamentos (fl. 23):

> Como medida de garantia da ordem pública e da eficaz aplicação da lei penal, **mantenho a prisão preventiva do réu foragido** ALEXANDRE GARDINI DO PRADO.

Como já analisado anteriormente, por ocasião do indeferimento da medida liminar requerida nos presentes autos, o decreto condenatório apresenta fundamentação que deve ser entendida como válida para a manutenção da prisão preventiva, principalmente, após a prolação de sentença condenatória, *como medida de garantia da ordem pública e da eficaz aplicação da lei penal, mantenho a prisão preventiva do réu foragido*.

É pacífico o entendimento desta Corte que a fuga do distrito da culpa é fundamento válido à segregação cautelar, forte da asseguração da aplicação da lei penal. Confira-se: RHC n. 52.178/DF – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Felix Fischer - DJe 2/12/2014; HC n. 289636/SP – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Moura Ribeiro – DJe 23/5/2014; RHC n. 46439/PR – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze – DJe 2/5/2014; HC n. 261383/MG – 5ª T. – Rel. Min. Laurita Vaz – DJe 3/4/2014; HC n. 189212/MG – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Marilza Maynard – Des. convocada do TJSE – DJe 12/12/2013.

Em igual sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *v.g.*: HC n. 120794/MG – 1ª T. – Rel. Min. Luiz Fux – DJe 8/5/2014; HC n. 115045/SP – 1ª T. – Min. Rosa Weber – DJe 23/4/2013; HC n. 111691/SP – 2ª T. – unânime Rel. Min. Gilmar Mendes – DJe 20/11/2012; HC n. 112738/SP – 2ª T. – unânime – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – DJe 21/11/2012.

Ante o exposto, denego o *habeas corpus.*

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 02 de abril de 2020.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: CB02E8C7-DBB5-4A5A-8805-9F6133990951