

HABEAS CORPUS Nº 557.314 - SP (2020/0007157-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIEL MOBLEY GRILLO - RJ134850
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CAIO BORGES DA SILVA GONCALVES (PRESO)
PACIENTE : TIAGO FERREIRA DOS SANTOS (PRESO)
PACIENTE : CLEBERSON FELIPE LOURENCO CORREA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial com pedido liminar impetrado em favor de CAIO BORGES DA SILVA GONÇALVES, TIAGO FERREIRA DOS SANTOS e CLEBERSON FELIPE LOURENÇO CORREA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal n. 0028745-44.2017.8.26.0050.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 12 anos de reclusão, e 1.410 dias-multa (**CAIO**); 10 anos e 10 meses de reclusão, e 1.293 dias-multa (**TIAGO**), ambos pela prática dos delitos tipificados nos **arts. 33, caput, e 35, caput, ambos da Lei n. 11.343/2006; no art. 180, caput, do Código Penal e no art. 244-B, da Lei n. 8.069/1990**; e 15 anos e 2 meses de reclusão, e 1.296 dias-multa (**CLEBERSON**), pelos crimes previstos nos **arts. 33, caput, e 35, caput, ambos da Lei n. 11.343/2006; no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal e no art. 244-B, da Lei n. 8.069/1990**, todos em regime inicial fechado e em concurso material (e-STJ, fls. 39/51).

Irresignada, a defesa apelou e o Tribunal estadual deu parcial provimento ao recurso para absolver os apelantes da prática do crime previsto no art. 35, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, com espeque no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, reajustando suas sanções para 9 anos de reclusão, e 710 dias-multa (**CAIO**); 7 anos e 10 meses de reclusão, e 593 dias-multa (**TIAGO**) e 12 anos e 2 meses de reclusão, e 596 dias-multa

(CLEBERSON) (e-STJ, fls. 105/133), mantido o regime inicial fechado, em acórdão assim ementado:

Tráfico de drogas, associação para o tráfico, roubo qualificado, receptação e corrupção de menores - Recursos defensivos pleiteando a absolvição por insuficiência probatória e por atipicidade das condutas quanto aos três réus; e subsidiariamente, busca o afastamento das qualificadoras do roubo quanto ao réu Cleberson, a desclassificação do crime de receptação para o crime de favorecimento real quanto aos réus Tiago e Caio e, em relação ao crime de tráfico de drogas, a redução da pena base ao patamar mínimo, o reconhecimento da preponderância da atenuante da menoridade relativa, com a redução da pena intermediária, da ocorrência de bis in idem na consideração da quantidade e qualidade das drogas nas primeira e terceiras fases da dosimetria da pena, a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a fixação de regime mais brando, a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos e o direito de recorrer em liberdade - Pedido de concessão do direito de recorrer em liberdade prejudicado - Provas relativas ao tráfico de drogas francamente incriminadoras quanto aos réus - Crime de perigo abstrato, não se exigindo que o infrator seja flagrado no próprio ato de venda da mercadoria proibida - Ausência de provas suficientes para a condenação dos réus pelo crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/06 - Absolvição dos réus - Réu Cleberson - Provas francamente incriminadoras do roubo - Declarações da vítima que merecem credibilidade corroboradas pelos depoimentos policiais - Qualificadoras do emprego de arma de fogo e concurso de agentes bem demonstradas - Crime de corrupção de menores também comprovado - Demonstração da prática do crime em concurso de agentes com o menor — Crime formal, não dependendo a sua consumação da efetiva corrupção do menor - Condenação mantida para os réus - Réus Caio e Tiago - Provas francamente incriminadoras da receptação - Dolo inquestionável - Ausência de explicação plausível para a posse dos bens subtraídos - Inversão do ônus da prova - Inviável a desclassificação para a receptação culposa ou favorecimento real - Penas finais dos réus alteradas - Penas dos crimes de receptação e de corrupção de menores criteriosamente dosadas - Pena do crime de roubo para o réu Cleberson mantida - Pena base fixada no mínimo legal - Atenuante da menoridade relativa bem reconhecida, sem redução da pena ante a vedação da Súmula n. 231 do C. STJ - Réu beneficiado com o aumento de 1/3 em razão das qualificadoras - Ausente recurso ministerial nesse aspecto - Penas do tráfico de drogas - Exacerbação da pena base bem

justificada - Grande quantidade e variedade de droga que justifica a pena mais rigorosa - Redução de 1/6 em razão da atenuante da menoridade relativa para os réus Tiago e Cleberson - Fixação de patamar adequado, não comportando redução - Inocorrência de bis in idem para afastar o redutor - Ausência de utilização das mesmas circunstâncias na primeira e terceira fase da dosimetria da pena — Inaplicabilidade do redutor - Réus que faziam do comércio ilícito de entorpecentes seu meio de vida - Penas somadas em razão do concurso material entre os crimes - Inviabilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Crime nefasto, sendo preciso maior reprovabilidade àquele que envereda para a prática de tal conduta ilícita, de modo a prevalecer o parâmetro da suficiência e proporcionalidade na fixação da pena - Necessidade de imposição de tratamento mais rigoroso ao traficante - Regime prisional fixado com critério - Crime equiparado a hediondo, ensejando a aplicação, inicialmente, de um regime mais severo, mostrando à sociedade a eficaz repressão a esse tipo de delito - Personalidade deturpada, causadora de risco à ordem pública, de quem envereda para a prática desse tipo de criminalidade - Parcial provimento.

No presente *writ* (e-STJ, fls. 3/18), a impetrante afirma que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal aos pacientes na dosimetria realizada para o crime de tráfico de drogas, na medida em que houve *bis in idem* na primeira e terceira fases da dosimetria da pena, porque a quantidade e qualidade das drogas foram utilizadas tanto para exasperar a pena-base, quanto para afastar o redutor pelo tráfico privilegiado e também manteve o regime inicial fechado, em flagrante contrariedade às Súmulas 718 e 719, ambas do STF, pois não há uma fundamentação idônea a justificar o estabelecimento do regime mais gravoso.

Diante disso, requer, liminarmente, que os pacientes aguardem o julgamento definitivo desta impetração em regime aberto ou, ao menos no semiaberto e, no mérito, a aplicação da causa especial de diminuição de pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, e a confirmação do pedido liminar.

O pedido liminar foi indeferido pelo ministro João Otávio de Noronha – Presidente do STJ –, às e-STJ, fls. 136/137, e as

informações foram prestadas, às e-STJ, fls. 141/198.

O Ministério Público Federal, em parecer exarado às e-STJ, fls. 203/212, opinou pelo não conhecimento do *mandamus* e, caso conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório. **Decido.**

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

Conforme relatado, busca a impetrante, em síntese, o redimensionamento das sanções para o delito de tráfico de drogas, ante a redução da pena-base e do reconhecimento do tráfico privilegiado, por alegado *bis in idem* e, por conseguinte, o abrandamento do regime prisional dos pacientes.

I. Pena-base

Note-se, preliminarmente, que a legislação brasileira não prevê um percentual fixo para o aumento da pena-base em razão do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis, tampouco em razão de circunstância agravante ou atenuante, cabendo ao julgador, dentro do seu livre convencimento motivado, sopesar as circunstâncias do caso concreto e quantificar a pena, observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Ademais, em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre *in casu*, o juiz, ao fixar a pena, deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006, *in verbis*:

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.

Sob essas premissas, ao sentenciar os pacientes, o Magistrado asseverou que (e-STJ, fls. 45/49, grifei):

[...]

Passo, assim, a dosar a pena.

Réu CLEBERSON FELIPE LOURENÇO CORREA:

Crime do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06:

No cômputo da pena-base, constato que foi apreendida grande quantidade e variedade de droga: 2.200 pinos de crack, 608 invólucros de maconha, 200 pinos de cocaína em pó e 10 invólucros de haxixe.

A natureza dos entorpecentes também enseja maior reprovabilidade da conduta, notadamente no caso do crack, que representou a maior parte da apreensão, com 1.634,2 gramas divididos em 2.200 pinos. Trata-se de droga com elevado potencial de adicção e severos efeitos à saúde, além de imensuráveis danos sociais, familiares e repercussão em inúmeros outros delitos cometidos pelos usuários, seja por estarem em estado psicológico alterado pelo uso do crack, seja pela invencível compulsão de obter, a qualquer custo, os recursos financeiros necessários para a satisfação do vício.

Diante dessas condições, fixo a pena base em 07 (sete) anos de reclusão e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa.

[...]

Réu TIAGO FERREIRA DOS SANTOS:

Crime do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06:

No cômputo da pena-base, constato que foi apreendida grande quantidade de droga: 2.200 pinos de crack, 608 invólucros de maconha, 200 pinos de cocaína em pó e 10 invólucros de haxixe.

A natureza dos entorpecentes também enseja maior reprovabilidade da conduta, notadamente no caso do crack, que representou a maior parte da apreensão, com 1.634,2 gramas divididos em 2.200 pinos. Trata-se de droga com elevado potencial de adicção e severos efeitos à saúde, além de imensuráveis danos sociais, familiares e repercussão em inúmeros outros delitos cometidos pelos usuários, seja por estarem em estado psicológico alterado pelo uso do crack, seja pela invencível compulsão de obter, a qualquer custo, os recursos financeiros necessários para a satisfação do vício.

Diante dessas condições, fixo a pena base em 07 (sete) anos de reclusão e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa.

[...]

Réu CAIO BORGES DA SILVA GONÇALVES:

Crime do art. 33. caput, da Lei nº 11.343/06:

No cômputo da pena-base, constato que foi apreendida grande quantidade de droga: 2.200 pinos de crack, 608 invólucros de maconha, 200 pinos de cocaína em pó e 10 invólucros de haxixe.

A natureza dos entorpecentes também enseja maior reprovabilidade da conduta, notadamente no caso do crack, que representou a maior parte da apreensão, com 1.634,2 gramas divididos em 2.200 pinos. Trata-se de droga com elevado potencial de adicção e severos efeitos à saúde, além de imensuráveis danos sociais, familiares e repercussão em inúmeros outros delitos cometidos pelos usuários, seja por estarem em estado psicológico alterado pelo uso do crack, seja pela invencível compulsão de obter, a qualquer custo, os recursos financeiros necessários para a satisfação do vício.

Diante dessas condições, fixo a pena base em 07 (sete) anos de reclusão e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa.

Pela leitura do recorte acima, constato que as penas-base foram exasperadas em 2/5, devido à quantidade, variedade e natureza especialmente deletéria de dois dos entorpecentes apreendidos – 1.634,2 gramas de crack; 169,609 gramas de cocaína; 830,60 gramas de maconha e 52,2 gramas de haxixe (e-STJ, fl. 111), fundamentação idônea e que se encontra em consonância ao já mencionado art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e à jurisprudência pacificada desta Corte Superior.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PENA-BASE EXASPERADA EM 1/5 SOBRE O MÍNIMO LEGAL. QUANTUM PROPORCIONAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MAUS ANTECEDENTES. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. SEGUNDA FASE. PLEITO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO DA PENA PELA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA.

VIABILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA QUE NÃO ENSEJA O INCREMENTO MAIOR QUE A USUAL FRAÇÃO DE 1/6. PRECEDENTE JULGADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE NO HC N.º 365.963/SP. PENA REDIMENSIONADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]

- A revisão da dosimetria da pena, na via do habeas corpus, somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC n. 304.083/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe de 12/3/2015).

[...]

- A quantidade das drogas apreendidas, no caso – 3 pedras contendo 0,5 g de crack e 165 porções contendo 57,9 g de cocaína (fl. 34) –, que, conquanto não seja excessiva, também não é desprezível, e a sua natureza extremamente deletéria, são circunstâncias que autorizam a elevação da reprimenda, nos termos dos arts. 59, do Código Penal, e 42, da Lei n. 11.343/2006.

- Em respeito à discricionariedade vinculada do julgador, deve ser mantida a pena-base aplicada ao paciente – 6 anos de reclusão e 600 dias-multa –, pois proporcional à gravidade concreta do crime e à variação das penas abstratamente cominadas ao tipo penal violado, qual seja, 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

[...] Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida, de ofício, para fixar a pena definitiva do paciente em 7 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (HC n. 463.482/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 13/12/2018, DJe 19/12/2018)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. POSSIBILIDADE. DESPROPORCIONALIDADE. AUSÊNCIA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

2. Não se demonstra excessiva, desarrazoada ou ilegal a

exasperação da pena-base em 2 anos pela valoração da vetorial negativa da grande quantidade de drogas apreendidas, aplicada dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.

3. Ademais, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, a exasperação da pena-base **não se dá por critério objetivo ou matemático**, uma vez que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador, desde que vinculada aos elementos concretos dos autos (AgInt no HC 352.885/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 09/06/2016), só podendo ser alterado o quantum de aumento na pena-base quando flagrantemente desproporcional.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 400.214/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 6/3/2018, DJe 14/3/2018)

Desse modo, não verifico ilegalidade a ser sanada na exasperação da pena-base sob o fundamento apresentado e, inclusive, no patamar operado.

II. Da não incidência da causa de redução prevista no art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006 – Alegado *bis in idem*

Inicialmente, cabe observar que, nos termos do art. 33, § 4º 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 organização criminosa.**

Sob essas balizas, o Relator do voto condutor do acórdão recorrido rechaçou a incidência da referida minorante, asseverando que (e-STJ fls. 116/128, destaquei):

[...]

A prova, em relação ao crime de tráfico de drogas, como se nota, é plenamente desfavorável aos apelantes, não restando dúvida quanto ao intuito comercial, levando-se em consideração, a expressiva quantidade de drogas, de espécies variadas, a forma de acondicionamento, embaladas individualmente, prontas para o consumo, a apreensão de alta quantia em dinheiro, cuja origem lícita não restou comprovada, a não comprovação de ocupação lícita, a

apreensão de uma balança de precisão e anotações de contabilidade relacionada ao tráfico, o local da abordagem (conhecido como ponto de venda de drogas), bem como as circunstâncias que levaram à sua prisão em flagrante. O crime de tráfico de drogas restou, portanto, bem tipificado e comprovado, não havendo se falar em absolvição.

[...]

As penas do crime de tráfico de drogas também foram criteriosamente dosadas e bem justificadas, considerando as circunstâncias em que os fatos se deram, bem como as condições pessoais dos apelantes.

A necessidade de exacerbação das penas bases, na fração de 2/5 (dois quintos), foi bem justificada pela douta magistrada sentenciante, que, ponderando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/06, destacou a expressiva quantidade de drogas apreendidas (2.200 pinos de "crack", 608 invólucros de maconha, 200 pinos de cocaína em pó e 10 invólucros de haxixe), bem como a sua natureza, principalmente o "crack", substância com alto poder viciante e potencialidade lesiva, que enseja maior reprovabilidade da conduta.

[...]

Na segunda fase, presente a menoridade relativa dos réus Cleberson e Tiago, as penas foram reduzidas em 1/6 (um sexto).

Sem razão à douta defesa ao pretender a redução do patamar por força da incidência desta atenuante, devendo a mesma ser fixada no mínimo legal.

O legislador não fixou o quantum a ser aumentado ou diminuído quando da presença de circunstâncias legais na segunda fase da dosimetria da pena, autorizando o julgador a fixar o montante que entender devido, analisado cada caso concreto, conforme juízo de discricionariedade. Assim, fica mantida a redução da pena em patamar de 1/6 (um sexto).

*Na terceira fase, não era mesmo caso de aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 aos réus. Sabe-se que o redutor não pode incidir como regra, bastando seja o agente primário e de bons antecedentes, mas, sim, excepcionalmente, ao traficante eventual, como por exemplo: viciado que fornece parte de sua droga para outro usuário, porque em falta o entorpecente nos pontos de venda ilícita. E essa não é a situação dos autos. **Os réus foram surpreendidos em local conhecido pela traficância, guardando expressiva quantidade de drogas, de espécies variadas, e em poder de razoável quantia em dinheiro, cuja origem lícita não restou comprovada, uma balança de precisão e anotações de***

contabilidade relacionada ao comércio de drogas, o que demonstra que faziam do tráfico seu meio de vida, não se tratando de traficantes ocasionais. Além disso, diversos bens de origem ilícita foram apreendidos na posse dos réus, o que traz a certeza de que eles estavam envolvidos em atividades criminosas.

Com efeito, pela leitura do recorte acima, não verifico a ocorrência de ilegalidade, porquanto a causa especial de diminuição de pena pelo tráfico privilegiado foi negado aos pacientes não apenas em virtude da variedade e expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos, mas principalmente devido às circunstâncias em que ocorreram suas prisões em flagrante – *em local conhecido da polícia pelo alto índice de tráfico de drogas (favela do "pau queimado"), em um barraco manuseando além das drogas, expressiva quantidade de dinheiro (cerca de R\$ 4.000,00), cuja origem lícita não restou comprovada, aliada à apreensão de uma balança de precisão e de anotações de contabilidade relacionadas ao comércio de entorpecentes, e de diversos bens tais como relógio, Iphone, documentos de veículos, cartões bancários, dentre outros, de origem ilícita oriundos dos crimes de roubo (Cleberson) e receptação (Caio e Tiago) a que eles também foram condenados (e-STJ, fls. 111/112) –, tudo isso a indicar que não se tratavam de traficantes eventuais e que se dedicavam a atividades criminosas, não fazendo, portanto, jus à aplicação da referida minorante.*

Desconstituir tal assertiva, como pretendido, demandaria, necessariamente, a imersão vertical na moldura fática e probatória delineada nos autos, inviável na via estreita do *habeas corpus*.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, C/C O ART. 40, VI, AMBOS DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 6 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL SEMIABERTO. PLEITO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS

QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS, ANTE A PRESENÇA DE MAUS ANTECEDENTES. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE.

ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. INVIABILIDADE. MONTANTE DA PENA QUE NÃO COMPORTA OS BENEFÍCIOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

– Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

[...]

– Dessa forma, apesar de a quantidade da droga apreendida não ter sido muito elevada, tendo havido fundamentação concreta, pelo Tribunal local, para não aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, pois não preenchidos os requisitos legais, concluo que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o paciente não se dedica às atividades criminosas, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do habeas corpus, de cognição sumária. Precedentes.

[...]

– Habeas corpus não conhecido. (HC n. 406.667/RS, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, Julgado em 3/10/2017, DJe 11/10/2017)

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ILEGALIDADE NA PRISÃO PROCESSUAL. FUNDAMENTO PREJUDICADO PELO ULTERIOR TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE DE SE APLICAR A MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06, EM RAZÃO DA CONCLUSÃO SOBERANA DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DE QUE O PACIENTE PRATICAVA AO MENOS EVENTUALMENTE A TRAFICÂNCIA. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. Transitada em julgado a condenação, resta prejudicada a alegação de constrangimento na prisão processual, por não mais se tratar de segregação provisória, mas definitiva.

2. São condições para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Tais requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente; à míngua de qualquer uma dessas condições não é legítimo reclamar a aplicação da minorante.

3. As instâncias ordinárias, soberanas na análise da matéria fática dos autos, reconheceram que o Paciente dedicava-se ao menos eventualmente à atividade criminosa de traficar drogas. Não há como tal conclusão ser reavaliada na via processual eleita, por se tratar de remédio constitucional de rito célere e cognição sumária.

4. Na hipótese, é de prevalecer o entendimento do Tribunal a quo mormente por se tratar de condenado que foi flagrado ao portar, na Cidade de Deus/RJ - localidade cujo comércio ilegal de drogas é monopolizado pela facção criminosa Comando Vermelho -, 31 sacos de plástico contendo cocaína, fechados por grampo metálico e identificados com os dizeres "CDD 13 PÓ DE 10 CVRL" .

5. Ordem de habeas corpus parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada. (HC n. 270.931/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, Julgado em 15/10/2013, DJe 25/10/2013)

Nesse contexto, não identifico nenhuma ilegalidade a ser sanada na negativa de concessão da referida benesse, tampouco a ocorrência do alegado *bis in idem*.

III. Regime de cumprimento de pena

Neste tópico a impetrante afirma que não há uma fundamentação idônea a justificar o estabelecimento do regime mais gravoso aos pacientes.

A Corte paulista após absolver os pacientes pelo crime de associação para o tráfico redimensionou suas sanções, tornado-as estabilizadas em 12 anos e 2 meses de reclusão (Cleberson); 9 anos de reclusão (Caio) e 7

anos e 10 meses de reclusão (Tiago) (e-STJ, fls. 129/130).

Para Cleberson e Caio, o regime inicial fechado decorre de expressa previsão legal, nos termos do art. 33, § 2º, "a", do Código Penal.

Em relação a Tiago, apesar de sua reprimenda permitir, em tese, a fixação do regime intermediário, deve ser mantido o regime prisional mais gravoso, haja vista a existência de circunstância judicial desfavorável consubstanciada na expressiva quantidade e variedade de drogas apreendidas, a qual justificou o incremento da pena-base em 2/5, o que está em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior, que é pacífica no sentido de que a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, como *in casu*, ou, ainda, outra situação que demonstre a gravidade concreta do delito perpetrado, são condições aptas a recrudescer o regime prisional, em detrimento apenas do *quantum* de pena imposta, de modo que não existe ilegalidade no resgate da reprimenda deste paciente também no regime inicial fechado.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. APREENSÃO DE DROGA DE ALTA NOCIVIDADE. PACIENTE QUE OSTENTA OUTROS PROCESSOS PELA PRÁTICA DE IDÊNTICO DELITO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, "B", E § 3º, DO CÓDIGO PENAL C/C O ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

5. Sedimentou-se, nesta Corte Superior, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º do Código Penal em conjunto com o art. 42, da Lei n. 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

No caso dos autos, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, reconhecida primariedade técnica do paciente e o quantum de pena (5 anos) permita, em tese, a fixação de regime mais brando, a quantidade e natureza das drogas apreendidas - 9 porções de maconha, 15 porções de cocaína e 28 pedras de crack -, justificam o regime prisional mais gravoso, no caso o fechado, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/06.

Habeas corpus não conhecido. (HC n. 403.508/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 22/8/2017, DJe 4/9/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

II - A circunstância judicial referente à quantidade e variedade da droga poderá incidir na primeira ou terceira fase da dosimetria da pena, para exasperar a pena-base, afastar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, ou ainda para modular o nível de redução da pena, sempre de maneira não cumulativa. Precedentes.

III - O col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, § 2º e 3º, do Código Penal.

IV - Todavia, na espécie, a quantidade do entorpecente serviu de fundamento para afastar a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, bem como foi apresentada fundamentação concreta relativa à especial gravidade do delito praticado, o que impede a fixação do regime semiaberto unicamente em razão da quantidade da pena imposta. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido. (HC n. 386.827/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 16/5/2017, DJe 23/5/2017)

Superior Tribunal de Justiça

Assim, as pretensões formuladas pela impetrante encontram óbice na jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça e na legislação penal, sendo, portanto, manifestamente improcedentes.

Ante o exposto, com fulcro no art. 34, XX, do RISTJ, **não conheço** do *habeas corpus*.

Intimem-se.

Brasília (DF), 03 de abril de 2020.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator