

HABEAS CORPUS Nº 563.799 - SP (2020/0047916-0)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : **LEONARDO FONTES RODRIGUES**
ADVOGADO : **LEONARDO FONTES RODRIGUES - SP361141**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **GUSTAVO ROBERTO DA LUZ (PRESO)**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de GUSTAVO ROBERTO DA LUZ no qual se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (Apelação n. 1500985-09.2018.8.26.0536).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas), à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa, **ante a apreensão de 104 pinos de cocaína pesando 205g (duzentos e cinco gramas) e de 307 porções de maconha com peso de 395g (trezentos e noventa e cinco gramas) – e-STJ fl. 346.**

Irresignada, a defesa apelou e o Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 465):

APELAÇÃO. Tráfico de drogas. Prova. Suficiência. Materialidade e autoria comprovada. Apreensão de quantidade expressiva de drogas. Penas e regime mantidos. Redutor do artigo 33, §4º, da Lei Antidrogas. Dedicção a atividades criminosas. Impossibilidade. Recursos improvidos.

Na presente impetração a defesa assevera haver constrangimento ilegal na dosimetria da pena, pois "[n]ão há, definitivamente, nos autos, qualquer motivo que impeça a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, parágrafo quarto, da Lei Federal n.º 11.343/06, bem como perfeitamente cabível o regime inicial da pena diversa do fechado, inclusive com possibilidade da substituição da pena para uma restritiva de direitos" (e-STJ fl. 6).

Diante disso, pleiteia, em tema liminar e no mérito, "*o reconhecimento do tráfico privilegiado, bem como a alteração do regime inicial para o cumprimento de pena [...] com a consequente substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos*" (e-STJ fl. 9).

Liminar indeferida às e-STJ fls. 489/490.

Informações prestadas.

Parecer ministerial pela denegação da ordem às e-STJ fls. 495/499.

É o relatório.

Decido.

Preliminarmente cumpre ressaltar que, na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

No caso em tela, a dosimetria da pena foi fundamentada da seguinte forma no acórdão recorrido (e-STJ fls. 479/480):

Passa-se à análise das penas.

Na primeira fase da dosimetria, em atenção ao disposto no artigo 59 do Código Penal, verifica-se que a pena foi estabelecida no mínimo legal para ambos os acusados, perfazendo 05 anos de reclusão e 500 dias-multa, de valor unitário mínimo, tendo em vista as circunstâncias judiciais favoráveis, tornando-se definitiva à minguia de demais causas modificadoras.

Correto o afastamento da causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, diante da variedade (cocaína e maconha) e grande quantidade de drogas apreendidas (399,2 g), que constitui indicativo da dedicação do apelante a atividades criminosas [...].

[...]

No mais, considerando o quantum da pena imposta e o disposto no artigo 387, §2º, do Código de Processo Penal, observa-se que os acusados permaneceram 269 dias custodiados cautelarmente, conforme consta nas Guias de Recolhimento Provisórias (fls. 414/415 e 416/417), lapso temporal compreendido entre a prisão em flagrante, ocorrida em 19/03/2018 (fl. 03) e a publicação da r. sentença (18/12/2018). Ainda que decotado esse tempo da pena imposta, o saldo que lhe resta a cumprir autorizaria, em tese, à luz

do § 2.º do art. 33 do Código Penal, exclusivamente, a fixação de regime mais brando. Todavia, a apreensão de expressiva quantidade de droga, impede, nos termos do § 3.º do art. 33, combinado com o art. 59, ambos do Código Penal, a alteração do regime fixado na r. sentença.

Delineada a situação fática, passo à análise das teses aviadas.

Aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006

De acordo com o aludido art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja, **cumulativamente**, primário e portador de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Sob esse prisma, não vislumbro o alegado constrangimento ilegal, pois as instâncias ordinárias, como visto acima, não reconheceram a incidência da minorante com base nas circunstâncias do delito; é que, apesar da primariedade do agente, a quantidade e a variedade de entorpecentes apreendidos e as circunstâncias fáticas da apreensão deixaram claro que o paciente não se tratava de mero traficante ocasional, ao contrário, denotam a sua habitualidade no comércio ilícito. Assim, em respeito aos critérios estabelecidos pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, as instâncias ordinárias excluíram a possibilidade de aplicação do pretendido redutor.

Ademais, a desconstituição dos fundamentos adotados pelas instâncias ordinárias demandaria ampla incursão no acervo fático-probatório dos autos, tarefa para a qual não se presta o *habeas corpus*. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUTORIA E MATERIALIDADE. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. QUANTIDADE DA DROGA. 1.362G DE MACONHA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. INAFASTÁVEL A INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. "Esta Corte Superior tem decidido que a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, são elementos que evidenciam a dedicação do réu à

atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes" (HC 370.166/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 14/12/2016).

3. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1.788.563/PA, relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 06/08/2019, DJe 12/08/2019, grifei).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. PARÂMETRO IDÔNEO PARA FIXAÇÃO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO. PRECEDENTES. ALTERAÇÃO DO QUANTUM. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MEDIDA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N.º 7/STJ. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. A jurisprudência desta Corte Superior, no tocante à fixação da fração de redução devida pela aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, admite que, "na falta de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do delito, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, para afastar a aplicação da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes" (HC 453.535/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 28/08/2018, sem grifos no original).

3. Não havendo ilegalidade patente na fixação do quantum a ser reduzido pela minorante do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, não pode esta Corte proceder à alteração do referido patamar sem revolver o acervo fático-probatório, providência incabível na via do recurso especial, a teor do óbice contido no Verbete Sumular n.º 7 deste Superior Tribunal de Justiça.

[...]

6. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 1.389.733/GO, relatora Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 24/05/2019, grifei).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Não há falar em *bis in idem*, porque a Corte estadual, na terceira fase da dosimetria, sopesou não apenas a natureza e a quantidade de entorpecentes apreendidos, mas também outras circunstâncias relativas ao acusado para concluir que ele se dedicaria a práticas criminosas, especialmente ao narcotráfico.

2. Além disso, esta Corte Superior de Justiça tem reiteradamente decidido, por ambas as Turmas, que a existência de registros por atos infracionais é elemento hábil a evidenciar a dedicação do agente a atividades delituosas e, por conseguinte, a impedir a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

3. Agravo regimental não provido (AgRg no HC 505.248/SP, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2019, DJe 27/06/2019, grifei.)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

III - O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Os requisitos previstos na causa de diminuição (o agente ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa) são de observância cumulativa, vale dizer, a ausência de qualquer deles, implica a não aplicação da causa de diminuição de pena.

IV - Na espécie, houve fundamentação concreta e idônea para o afastamento do tráfico privilegiado, lastreada na grande quantidade e variedade de drogas apreendidas (as particularidades e a natureza, quantidade e variedade dos entorpecentes - apreensão de 151 porções de crack, 71 de cocaína, 109 de maconha), elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, pois demonstram que o paciente se dedicava às atividades criminosas. Rever esse entendimento demandaria revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus.

[...] (HC 542.499/SP, relator Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO, Desembargador convocado do TJPE, QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2019, DJe 13/12/2019, grifei.)

Do regime prisional mais gravoso

É importante observar que o magistrado de piso, no que foi seguido pelo Tribunal de origem, fixou o regime fechado para o início do cumprimento da pena lastreado no seguinte fundamento (e-STJ fl. 360):

Fixo o regime inicial fechado conforme a redação do artigo 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal, e assinalo que o legislador constituinte evidenciou, expressamente, a gravidade da conduta (art. 5º, XLIII, da CF) de tráfico de drogas. Diante da jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal e a declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990, com redação dada pela Lei nº 11.464/2007, pelo Plenário do STF HC nº 111.840/ES, embora o regime fechado não seja mais obrigatório para os crimes hediondos ou equiparados, é certo que o regime carcerário a ser fixado deve levar em consideração o regramento previsto no dispositivo acima mencionado.

Além disso, as circunstâncias consideradas para afastar o privilégio se mostram relevantes, a saber: significativa quantidade e variedade das substâncias apreendidas, comércio efetuado em cidade diversa da residência dos acusados, em franco destemor à atuação do Estado quanto à repressão do tráfico de drogas, sem contar a flagrante exacerbação do risco a que exposta a população da localidade.

Pontuo que tal entendimento não afronta a firme compreensão desta Corte Superior de Justiça de que a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar o indeferimento da substituição das penas e o recrudescimento do regime prisional. Seguem alguns precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO. DIREITO AO SEMIABERTO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto, nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, a natureza, a variedade e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a imposição do regime mais severo e para o indeferimento da substituição das penas. Precedentes.

[...]

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 340.902/SP, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 16/03/2017.)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. NÃO CABIMENTO. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA ESTABELECID ABAIXO DE 4 ANOS DE RECLUSÃO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO.

1. Não há constrangimento ilegal na negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com fundamento na gravidade concreta do delito, indicada pela Corte local em razão da quantidade considerável de droga apreendida (298,2 gramas de maconha).

[...]

3. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de estabelecer o regime inicial aberto de cumprimento da pena. (HC 374.975/SP, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 06/12/2016.)

No mesmo sentido, o parecer ministerial (e-STJ fl. 498):

Acerca da fixação do regime prisional mais gravoso, o Superior Tribunal de Justiça também já reforçou que "a quantidade, natureza e variedade da droga apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/06) demonstram a gravidade acentuada do delito, justificando a imposição do regime inicial fechado" (HC 521.985/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 09/12/2019 – destacou-se).

A quantidade e/ou variedade das drogas apreendidas também podem ser usadas como justificativas para negar a aplicação, na terceira fase da dosimetria da pena, do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, e, ao mesmo tempo, fixar o regime prisional mais gravoso.

Tal o contexto, **denego a ordem de *habeas corpus*.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de abril de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator