

HABEAS CORPUS Nº 484.032 - SP (2018/0333768-9)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
IMPETRANTE : RONILCE MARTINS MACIEL DE OLIVEIRA
ADVOGADO : RONILCE MARTINS MACIEL DE OLIVEIRA - SP136349
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WESLLEN CRISTIANO FERREIRA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de WESLLEN CRISTIANO FERREIRA no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 833 (oitocentos e trinta e três) dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista que foi surpreendido na posse de **7,0g (sete grammas) de crack, distribuídos em vinte porções** (e-STJ fls. 23/31).

Interposta apelação, os desembargadores da Quarta Câmara de Direito Criminal deram parcial provimento ao recurso a fim de reduzir a pena definitiva para 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa (e-STJ fls. 32/43). Recebeu o acórdão esta ementa (e-STJ fl. 33):

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. Pretendida absolvição por insuficiência de provas. Impossibilidade. Materialidade e autoria delitivas sobejamente demonstradas nos autos. Circunstâncias da apreensão que evidenciam a destinação mercantil. Validade do depoimento dos agentes públicos. Condenação bem decretada. Redução da pena. Cabimento. Mitigação do acréscimo da sanção inicial. Fração de aumento que se mostrou desproporcional ao caso concreto. Inaplicabilidade do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06. Não preenchimento dos requisitos legais. Réu que se dedicava às atividades criminosas. Regime fechado mantido ante a gravidade em concreto dos fatos. Recurso parcialmente provido.

No Superior Tribunal de Justiça, a defesa aponta constrangimento ilegal decorrente do não reconhecimento do tráfico privilegiado.

Sustenta ausência de fundamentação para a não concessão da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que o paciente foi

considerado como traficante habitual por não ter sido comprovado o exercício de atividade lícita.

Ressalta que o réu é primário, portador de bons antecedentes e não se dedica a atividades criminosas, razão pela qual faz jus a aplicação do pretendido redutor, considerando, ainda, a pequena quantidade de entorpecente apreendida em seu poder.

Dessa forma, requer a aplicação da causa especial de diminuição da pena em seu grau máximo, com a consequente alteração do regime prisional e a substituição da medida constritiva por restritivas de direitos (e-STJ fls. 3/22).

O pedido liminar foi deferido para que o acusado pudesse aguardar no regime semiaberto o julgamento deste *writ* (e-STJ fls. 366/368).

Os autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal, que se manifestou pela denegação da ordem (e-STJ fls. 372/377).

É, em síntese, o relatório.

Objetiva a defesa, na presente impetração, a aplicação da minorante prevista na Lei n. 11.343/2006, na fração de 2/3 (dois terços), sob o argumento de ausência de fundamentos idôneos para a negativa de sua concessão.

Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por 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.

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 primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Quanto ao tema, o Tribunal de Justiça assim se manifestou (e-STJ fls. 40/41):

Na última fase do cálculo da pena, irrepreensível a não incidência do redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei de Drogas, visto que não preenchidos os requisitos legais [...]

No caso dos autos, as circunstâncias da prisão evidenciam que o acusado se dedicava às atividades criminosas, pois não comprovou ter ocupação lícita da qual pudesse extrair seu próprio sustento e, assim, não depender da espúria mercancia para sobreviver.

Ademais, o modus operandi de guardar as drogas em terreno baldio a fim de dificultar a apreensão das drogas revela expediente de quem trafica em caráter habitual e que não teme sua localização por terceiro, mormente diante do fluxo de pessoas lá existente.

Enfim, todas estas circunstâncias denotam que o réu não é neófito na prática delitiva, mas que se encontra inserido na espúria engrenagem do tráfico, donde se conclui pelo descabimento da minorante em debate.

Não se olvida, outrossim, da reiterada orientação desta Corte de que a quantidade e a natureza da droga, associadas ao contexto em que se deu a sua apreensão, podem evidenciar a dedicação à atividade criminosa. Contudo, na espécie, entendo que a quantidade de entorpecente apreendida – **7,0g (sete gramas) de crack** –, não é suficiente para se concluir pela dedicação do paciente à atividade criminosa, à míngua de outros elementos indicadores de tal situação, razão pela qual entendo que cabe a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração máxima.

A mais disso, não constitui fundamento para afastar o pretendido redutor a falta de ocupação lícita.

Dessa forma, deve incidir a fração de 2/3 (dois terços), relativa à causa especial de diminuição de pena constante no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, na terceira fase da dosimetria. A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. [...] RÉ QUE NÃO POSSUI OCUPAÇÃO LÍCITA. FUNDAMENTO INSUFICIENTE. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. [...] WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A teor do disposto no § 4º do art. 33 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, possuem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas.

3. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

[...]

5. O fato de a paciente não ter comprovado ocupação lícita, por si só, não constitui elemento suficiente para afastar a benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedente.

[...]

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 2/3, afastando o bis in idem verificado, e, por conseguinte, estabelecer a reprimenda final em 2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 221 dias-multa (HC 394.025/SP, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017, grifei).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ART. 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/2006. APREENSÃO DE 10,1g DE COCAÍNA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4.º, DO ART. 33, DA LEI N.º 11.343/2006, PAUTADO NA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REQUISITOS PREENCHIDOS. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA MINORANTE NA FRAÇÃO MÁXIMA. [...] ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. Fixada a pena-base no mínimo legal e apreendida pequena quantidade de droga (10,1g de cocaína), legítima é a aplicação da minorante (art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006) pelo seu máximo, ou seja, dois terços. Precedentes.

[...]

6. Ordem de habeas corpus concedida para reduzir a pena do Paciente para 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, além do pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa e, de ofício, substituir a pena corporal por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais (HC 459.903/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 03/12/2018).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DAS DROGAS. QUANTIDADE NÃO

EXPRESSIVA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. NEGATIVA. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. MOTIVAÇÃO NÃO SUFICIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO NA FRAÇÃO MÁXIMA. [...] CONCESSÃO DA ORDEM.

1. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus.

2. Na espécie, existe manifesta ilegalidade no tocante à fixação da pena-base acima do mínimo legal, porquanto a quantidade apreendida - 5,07g de maconha, 10,95g de cocaína e 1,79g de crack - não se mostra expressiva o suficiente a ponto de justificar a exasperação da pena na primeira fase da dosimetria.

3. O Tribunal de origem não logrou fundamentar de maneira idônea a negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, porquanto não declinou motivação suficiente para afastar o redutor. A simples menção à quantidade e natureza das substâncias entorpecentes apreendidas, dissociada de qualquer outro elemento, não é suficiente para se concluir acerca da dedicação do paciente às atividades criminosas ou participação em organização criminosa, afastando, peremptoriamente, a incidência da referida benesse. De rigor, pois, a aplicação da minorante na fração máxima, tendo em vista não ser expressiva a quantidade das drogas apreendidas.

[...]

5. Ordem concedida a fim de reduzir a pena do paciente para 2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão e 221 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto, possibilitando, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções (HC 427.177/SP, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018).

Passo, assim, à readequação da dosimetria da pena, mantendo os parâmetros adotados na origem.

Na primeira fase, mantenho a pena-base em 1/5 (um quinto) acima do mínimo legal, o que perfaz 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

Na segunda etapa, ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes, a sanção permanece inalterada.

Na fase derradeira, aplica-se a fração de 2/3, prevista no art. 33, § 4º,

da Lei n. 11.343/2006, o que, à falta de causas de aumento, torna a reprimenda definitiva em **2 (dois) anos de reclusão e 200 (duzentos) dias-multa**.

Diante do novo *quantum* de pena aplicada, caberia o abrandamento do regime prisional para o aberto; no entanto, diante da presença de circunstância judicial desfavorável, tanto que a reprimenda básica foi estabelecida acima do patamar mínimo legal, não se verifica ilegalidade na imposição do regime inicialmente intermediário. No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS [...] TRÁFICO DE DROGAS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. RECONHECIDO NA SENTENÇA. AFASTADO PELO TJ. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGA QUE NÃO REVELAM, ISOLADAMENTE, A DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. ACUSADO QUE NÃO POSSUI OCUPAÇÃO LÍCITA. FUNDAMENTO INIDÔNEO. QUANTIDADE E VARIEDADE CONSIDERADAS NA PRIMEIRA FASE. APLICAÇÃO DA REDUTORA EM 2/3. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

VIII - Fixada a pena em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão a réu primário, com análise negativa das circunstâncias do art. 42 da Lei n. 11.343/06, o regime adequado é o semiaberto.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reformular a dosimetria da pena e modificar o regime inicial para o semiaberto (HC 477.625/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 01/02/2019).

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. REGIME SEMIABERTO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS APTOS A INFIRMAR A DECISÃO AGRAVADA.

1. Nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, apesar de a pena aplicada ser inferior a 4 anos, a presença de circunstância judicial desfavorável, com a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal, justifica a fixação do regime prisional semiaberto, não havendo falar, portanto, em existência de ilegalidade flagrante. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 459.726/MS, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 10/12/2018).

Por fim, mostrou-se inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois não foi preenchido o requisito exigido pelo art.

44, III, do Código Penal, já que a pena-base permaneceu acima do mínimo legalmente previsto.

Ante o exposto, **concedo, parcialmente, a ordem de *habeas corpus*, a fim de aplicar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração máxima, e reduzir a reprimenda final para 2 (dois) anos de reclusão e 200 (duzentos) dias-multa, a ser cumprida inicialmente no regime intermediário, ratificando a liminar.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 12 de fevereiro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator

