

HABEAS CORPUS Nº 493.263 - SP (2019/0041658-9)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : THIAGO QUINTANA REIS E OUTRO
ADVOGADOS : THIAGO QUINTANA REIS - SP333794
GUILHERME DOS REIS MORAES - SP353092
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VICTOR HUGO AGUILAR

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de VICTOR HUGO AGUILAR contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, a 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime aberto, mais 194 dias-multa, pela prática do delito de tráfico de drogas (art. 33, § 4º, c.c. o art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/06). A pena privativa de liberdade foi substituída por prestação pecuniária e de serviços à comunidade. Em apelação do Ministério Público, o Tribunal afastou o § 4º, fixando a pena em 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, mais 583 dias-multa (Processo n. 0001321-44.2017.826.0594).

Neste *writ*, os impetrantes sustentam, em síntese, que os fundamentos apresentados pelo Tribunal *a quo* não demonstram a ausência dos requisitos do § 4º do art. 33, sobretudo no que diz respeito à dedicação a atividades criminosas ou participação em organização criminosa. Afirmam que o paciente é jovem, menor de 21 anos de idade, primário e sem antecedentes.

Também alegam que a pena de multa está muito elevada, devendo *manter simetria com a pena privativa de liberdade* (fl. 7).

Requer, em liminar, e *expedição de contramandado de prisão e/ou alvará de soltura* (fl. 24). No mérito, pede o restabelecimento da sentença de primeiro grau.

É o relatório.

Decido.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida. No entanto, considerando as alegações expostas na inicial, razoável o processamento do feito para verificar a existência de eventual

constrangimento ilegal.

Em análise perfunctória dos autos, constato a presença dos elementos autorizadores da tutela de urgência (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*).

Segundo a denúncia, o paciente foi flagrado por policiais militares, em via pública, no momento em que entregava drogas a um casal de adolescentes. Com ele foram encontradas 12 porções de maconha, com peso total de 17,81g (fls. 27/28). Na sentença condenatória, o magistrado aplicou a minorante do § 4º sob os seguintes fundamentos:

[...] Estão presentes os requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, de modo que é aplicável ao caso a causa de diminuição de pena nele estabelecida.

Com efeito, a par da primariedade e ausência de antecedentes, não se evidenciou ser o acusado pessoa dedicada a atividades criminosas ou integrante de organização criminosa.

A quantidade de drogas apreendida não foi das mais elevadas (17,81 gramas de maconha), sendo possível crer que o acusado não se trata de criminoso contumaz.

Saliente-se, mais, que a natureza da droga apreendida (maconha) não é das que causam maiores malefícios ao usuário e à sociedade, se comparada às de outras espécies.

Ainda, embora haja notícia de que o réu foi detido, quando adolescente, na prática de fato análogo, isto não impõe óbice ao benefício em questão.

É que a pena deve ser dosada levando-se em conta apenas o cometimento de outros crimes na idade adulta ou a dedicação a atividades criminosas, ou seja, práticas que não dizem respeito a atos infracionais.

Acrescente-se, mais, que eventual dedicação a atividade criminosa não pode ser presumida.

Ao revés, deve ser comprovada devidamente através de fatos concretos [...] (fl. 72).

O Tribunal *a quo*, ao cassar o referido benefício, asseverou:

[...] Em seguida, o d. Magistrado reduziu as penas em 2/3 com fundamento no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. Todavia, resguardada a preclara convicção do d. Magistrado, assiste razão ao Ministério Público em seu apelo para afastar o benefício, porquanto os requisitos legais, restritivos e cumulativos, da benesse não são a "quantidade ou a qualidade" das drogas (circunstâncias que devem ser consideradas somente na fase da fixação das penas-base - vide art. 42 da Lei 11.343/06), mas sim a avaliação, com base nas provas, se o acusado

é "primário", "de bons antecedentes", "não integre organização criminosa" e "não está envolvido com atividades criminosas" (§ 4º, segunda parte, do art. 33 da Lei 11.343/06). **Nesta ação penal, com clareza solar, o apelante "está envolvido com atividades criminosas" porque, trazia consigo, vendia e expunha à venda 12 porções de maconha, pesando 17,81 gramas (pesos líquidos conforme laudos de fls. 13/14 ou 74/75; e 114/117), além de dinheiro, circunstâncias concretas que, no mínimo, levam à conclusão de que, com habitualidade, recebe os entorpecentes (mediante compra ou consignação) do grande traficante para, na seqüência, comerciá-los no varejo em porções.** Ademais, não se olvide que a benesse tem natureza excepcional - e não regra geral - e assim deve ser tratada, sob pena de indevido esvaziamento das sanções em abstrato cominadas para o delito de tráfico de entorpecentes tipificado no caput, aliás, ainda equiparado a hediondo (STF - HC nº 122594/SP - Primeira Turma - Rei. Ministra Rosa Weber - J. 23.09.2014 - Dje 07.10.2014; STJ - AgRg no AREsp 359220/MG - Sexta Turma - Rei. Maria Thereza de Assis Moura - J. 03.09.2013 - DJe 17.09.2013; TJSP-Apelação nº 0027092-46.2013.8.26.0050-15ª Câmara de Direito Criminal - Relator J. Martins - J. 08.05.2014) [...] (fl. 129).

Tendo em vista as circunstâncias do delito, bem como os fundamentos do Tribunal *a quo*, entendo, a princípio, que não foi demonstrada, suficientemente, a dedicação do paciente ao tráfico de drogas. Tal delito está comprovado, mas não a habitualidade.

Ressalto ainda que a quantidade de droga, elemento que, segundo a jurisprudência desta Corte, deve ser considerado na aplicação da minorante do § 4º, não é elevada, 17,81g, o que reforça a possibilidade de incidência dessa causa de diminuição de pena.

Ante o exposto, **defiro** a liminar para suspender os efeitos do acórdão impugnado até o julgamento do mérito deste *writ*.

Devidamente instruídos os autos, ouça-se o Ministério Público Federal.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 13 de fevereiro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator

