

HABEAS CORPUS Nº 314.939 - SP (2015/0015876-9)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUAN CAMPOS BOLDRINI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANIEL MUNIZ DE ANDRADE (PRESO)
PACIENTE : MARIA DO LIVRAMENTO SILVA (PRESO)

DECISÃO

DANIEL MUNIZ DE ANDRADE e MARIA DO LIVRAMENTO SILVA alegam sofrer coação ilegal, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação Criminal n. 0050321.35.2013.8.26.0050.

Depreende-se dos autos que os pacientes foram condenados à pena de 10 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática dos delitos descritos nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/2006. O Tribunal de origem negou provimento ao apelo da defesa, para manter a sentença condenatória, por seus próprios fundamentos.

Neste *writ*, a defesa pleiteia: a) **seja reconhecida a ilicitude da prova obtida por violação de domicílio e declarada a nulidade do processo desde o recebimento da denúncia**; b) **inépcia da denúncia em relação ao crime de associação ao tráfico**; c) **a fixação da pena-base no mínimo legal**; d) **a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006**; e) **a alteração do regime inicial** e f) **a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos**.

Não houve pedido de liminar. O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da ordem.

Decido.

I. Invasão de domicílio

O Juiz sentenciante, ao condenar os réus pelo delito de tráfico de drogas, assim fundamentou, na parte que interessa (fls. 32-33, grifei):

[...] Os policiais civis afirmaram que investigavam o

tráfico na favela de Paraisópolis e, no curso das investigações, lograram saber do endereço onde presos os acusados. **Foram ao local e, lá chegando, houve negativa de ingresso na residência, por Daniel, após a identificação como policiais. A mulher, contudo, permitiu a entrada dos policiais, quando encontradas as drogas.** Houve confissão de Maria no sentido de ser a responsável pelas drogas, sendo que Daniel atuava em seu auxílio. As drogas foram localizadas onde indicadas pelos próprios réus. **A casa era de propriedade de Maria,** sendo que, aparentemente, ela mantinha algum relacionamento íntimo com Daniel. O tráfico era praticado de dentro da própria residência: através da entrega do entorpecente por uma janela do tipo baculante. Houve colaboração dos réus, tanto em confessar a prática do tráfico, com em indicar o 'modus operandi' e a própria localização dos entorpecentes.

O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio **sem mandado judicial** apenas se revela legítimo – a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno – quando **amparado em fundadas razões**, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (**RE n. 603.616/RO**, Rel. Ministro **Gilmar Mendes**, DJe 8/10/2010).

Entretanto, também já decidiu este Superior Tribunal que, apesar de o ingresso em domicílio sem mandado judicial exigir fundadas razões de crime em desenvolvimento, não há ilicitude se "o próprio paciente franqueou a entrada dos agentes públicos em sua residência" (**HC n. 440.488/SP**, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, 6ª T., DJe 16/8/2018).

Nesse sentido: "Com efeito, não há se falar em violação da regra do art. 157 do CPP, mormente porque a jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a permissão do morador e a natureza permanente do delito ilidem qualquer discussão sobre a legalidade da busca e apreensão domiciliar sem autorização judicial. Precedentes" (**AgRg no AREsp n. 1.214.267/SP**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, 5ª T., DJe 19/2/2018).

No caso, o Juiz sentenciante constatou que **a acusada (que era a proprietária do imóvel) franqueou a entrada dos policiais em sua residência**, conforme trechos acima transcritos.

Logo, havendo afirmação de que foi **franqueada a entrada** dos policiais militares pela acusada em seu domicílio, não há que se falar em ilicitude da prova, ou, ao menos, não há como afirmar-se tal ilicitude em face dos elementos que constam dos autos.

Deveras, para entender de modo diverso, ou seja, pela não autorização da ré, seria imprescindível o reexame do acervo fático-probatório amalhado aos autos, procedimento vedado na via estreita do habeas corpus.

II. Inépcia da denúncia

No que tange à apontada inépcia da denúncia quanto ao delito de associação para o tráfico, verifico que essa matéria **não foi analisada pelo Tribunal de origem**, o que impede a apreciação dessa questão diretamente por esta Corte Superior, sob pena de, assim o fazendo, incidir na indevida supressão de instância.

III. A pena-base do crime de tráfico de drogas

No que tange à pretendida redução da pena-base, cumpre salientar que a fixação da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, e nos arts. 59 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal.

Todos esses dispositivos remetem o aplicador do direito à individualização da medida concreta para que, então, seja eleito o *quantum* de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito perpetrado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar-se para as singularidades do caso concreto, cumprindo-lhe, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no *caput* do art. 59 do Código Penal, as quais não deve se furtar de analisar individualmente. São elas: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; comportamento da vítima.

No caso, o Juiz sentenciante, ao estabelecer a pena-base do crime de tráfico de drogas acima do mínimo legal, **considerou desfavorável aos pacientes a natureza dos entorpecentes apreendidos** (fl. 34).

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve a sentença condenatória, pelos mesmos fundamentos do Juiz de primeiro grau.

Não se desconhece que, segundo o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, "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".

Assim, embora a natureza da droga apreendida constitua, de fato, elemento preponderante a ser considerado na dosimetria da pena e não obstante a natureza da substância – cocaína – seja, realmente, dotada de alto poder viciante, entendo que a quantidade de drogas que os pacientes traziam consigo não foi tão expressiva (**56,9 g de cocaína, 0,8 g de crack e 259,5 g de maconha**) a fim de justificar a exasperação da pena-base em 2 anos acima do mínimo legal, de maneira que se mostra **manifestamente desproporcional** tal aumento na pena-base.

Diante de tais considerações, a ordem deve ser concedida nesse ponto, a fim de reduzir a pena-base dos pacientes, de 7 anos de reclusão e pagamento de 700 dias-multa (fl. 26) para **6 anos de reclusão e pagamento de 600 dias-multa**.

Apenas ressalto que estou fixando o patamar acima por entender ser ele, à luz das singularidades do caso concreto, necessário e suficiente para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

Apenas *ad cautelam*, esclareço que a concessão da ordem – nos termos em que delineados anteriormente – em nenhum momento traduz inobservância ao princípio do livre convencimento motivado; trata-se, na verdade, de controle de legalidade e de constitucionalidade dos critérios empregados pelas instâncias ordinárias na dosimetria da pena, bem como de correção – perfeitamente possível em habeas corpus – de uma **evidente discrepância** na reprimenda imposta aos acusados.

A propósito, destaco que, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, "A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios

empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores" (RHC n. 115.654/BA, Rel. Ministra Rosa Weber, 1ª T., DJe 21/11/2013). Tal situação, conforme anteriormente salientado, ficou devidamente caracterizada na espécie dos autos.

IV. Minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006

No que tange à almejada aplicação, em favor dos pacientes, da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, verifico que o Juiz de primeiro grau entendeu indevida a incidência da benesse, "**dada a configuração, evidente, de dedicação exclusiva à atividade criminosa voltada ao tráfico de entorpecentes, decorrente da associação criminosa**" (fl. 34, grifei).

O Tribunal de origem, ao negar provimento ao recurso da defesa, manteve a não incidência do redutor, "**uma vez caracterizada a associação**" (fl. 59, grifei).

Com efeito, segundo o disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, *in verbis*:

§ 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas 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.

Sobre a matéria posta em discussão, cumpre destacar que a razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, cometendo um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

Por isso mesmo, para a aplicação da minorante em comento, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

No caso, não obstante os pacientes fossem tecnicamente

primários ao tempo do delito e possuidores de bons antecedentes, verifico que as instâncias ordinárias entenderam indevida a incidência da causa especial de diminuição de pena, com base nas circunstâncias do caso concreto, as quais levaram a crer que os acusados **se dedicavam a atividades criminosas, notadamente ao narcotráfico, tanto que foram condenados também pelo cometimento do crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006 (associação para o narcotráfico).**

Aliás, cumpre salientar que a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de que **é inviável a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, quando o agente foi condenado também pela prática do crime previsto no art. 35 da Lei de Drogas**, por ficar evidenciada a sua dedicação a atividades criminosas ou a sua participação em organização criminosa, no caso, especialmente voltada para o cometimento do narcotráfico.

Dessa forma, não identifico nenhum constrangimento ilegal também no ponto em que, fundamentadamente, foi negada aos pacientes a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

V. Nova dosimetria

Em decorrência da redução efetivada na reprimenda-base dos pacientes em relação ao delito de tráfico de drogas, entendo que deve ser procedida a nova dosimetria da pena.

Conforme salientado, a reprimenda-base dos acusados ficou estabelecida em 6 anos de reclusão e pagamento de 600 dias-multa. Na segunda etapa, não há agravantes ou atenuantes. Na terceira fase, também não há causas de diminuição ou aumento da pena, **ficando a pena dos acusados, para o crime de tráfico de drogas, definitivamente estabelecida em 6 anos de reclusão e pagamento de 600 dias-multa.**

VI. Regime inicial de cumprimento de pena e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos

Diante do insucesso da tese recursal que poderia levar à redução da reprimenda privativa de liberdade, ficam mantidos o regime inicial fechado, nos termos dos arts. 33, § 2º, "a", e 59, ambos do Código Penal, e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por ausência de preenchimento do requisito objetivo

previsto no art. 44, I, do Código Penal.

VII. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **concedo em parte a ordem**, apenas para reduzir a pena-base aplicada aos pacientes e, por conseguinte, tornar a sua reprimenda, relativa ao crime de tráfico de drogas, definitiva em **6 anos de reclusão e pagamento de 600 dias-multa** (Processo n. 0050321.35.2013.8.26.0050, da 20ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo – SP).

Comunique-se, com urgência.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 13 de fevereiro de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**