HABEAS CORPUS Nº 490.722 - SP (2019/0023627-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		MARIA CAMILA AZEVEDO BARROS - SP420671
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	EDER WESLEY DE OLIVEIRA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de EDER WESLEY DE OLIVEIRA contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, assim ementado (fl. 50):

> APELAÇÃO CRIMINAL - Tráfico de entorpecentes (art. 33, caput, c.c artigo 40, inciso III, da Lei n° 11.343/2006) - Pretensão à absolvição por insuficiência de provas - Inadmissibilidade - Materialidade e autoria comprovadas - Intuito de mercancia evidenciado - Palavras dos policiais militares - Validade - Coerência com os demais elementos probatórios. Condenação mantida. Pretensão à aplicação da pena-base no mínimo legal - inadmissibilidade – Diversidade de drogas (crack e maconha) - Natureza altamente nociva da droga apreendida (41,2 g de crack) - Incidência do art. 42 da Lei de Drogas - Adequado e proporcional à exasperação de 1/6 da pena-base - Inadmissível a aplicação do redutor previsto no art. 33°, § 4º, da Lei de Drogas. Mantida a causa de aumento de pena previsto no inciso III do artigo 40 da Lei de Drogas - Regime inicial fechado - Impossibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos mantidos.
> - Recurso não provido.

Consta dos autos que o paciente foi condenado às penas de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 680 dias-multa, como incurso nos arts. 33, *caput* e 40, III, ambos da Lei 11.343/06.

A Defesa interpôs apelação, improvida pelo Tribunal local.

Daí o presente *writ*, no qual a impetrante sustenta, em suma, que *a sanção imposta ao paciente foi abusiva, vez que foram inobservados os critérios do art. 42 da Lei de Drogas, bem como que foi aplicada majorante do art. 40, III, da Lei n° 11.343/06 de forma objetiva, e negada a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º da Lei n° 11.343/06. Ainda, fixou-se regime inicial fechado somente com base na gravidade em abstrato do delito e negou-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito* (fls. 10-11).

Requer fixação da pena-base no mínimo legal, o afastamento da majorante do art. 40, III da Lei 11.343/06, a aplicação no patamar máximo da

causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º da Lei 11.343/06, a modificação do regime inicial de cumprimento da pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Indeferida a liminar (fl. 61-62) e prestadas as informações (fls. 67-97), o Ministério Publico Federal ofertou parecer pelo conhecimento parcial do *mandamus* e, na parte conhecida, pela denegação da ordem (fls. 99-102).

É o relatório.

DECIDO.

Pleitea a impetrante fixação da pena-base no mínimo legal, afastamento da majorante do art. 40, III, da Lei 11.343/06, aplicação no patamar máximo da causa de diminuição de pena por tráfico privilegiado, modificação do regime inicial de cumprimento da pena e substituição a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Sobre a matéria, a magistrada sentenciante teceu as seguintes considerações (fls. 30-33, com destaques):

> A ação penal é procedente. A materialidade ficou demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 02). boletins de ocorrência (fls. 18/20. 26/28, 29/31 e 51/52), auto de exibição e apreensão (fls. 21/22), laudo de exame químico toxicológico (fls. 71) ñ pela prova oral coligida. A autoria é certa ñ repousa sobre o réu. Na fase inquisitorial o acusado negou a pratica delitiva. Em interrogatório judicial o
> acusado aduziu ser inocente, pois afirmou que a droga apreendida em seu veículo pertencia um indivíduo para quem havia dado uma carona. Com efeito, essa versão Bissaro narrou a apreensão da droga feita no interior do veículo do réu. circunstância essa incontroversa nos autos. Diz o acusado que estava estacionado no local dos fatos, durante a madrugada, porque havia acabado de dar uma carona para o alegado proprietário da droga e que lá permaneceu alguns instantes a mais. pois estava mandando uma mensagem no celular. Primeiro, pondero que o acusado confessou o transporte da droga contida no seu veículo. Segundo, a tese a justificar este fato. a ele incumbia prova, ônus do qual não se liberou. **Não obstante, os policiais militares narraram que conheciam o acusado de outras ocorrências policiais, todas deste ano de 2015. Aduziram que tinham prévio conhecimento do envolvimento dele no tráfico de entorpecente, com narrativa de apreensão de quantia grande de drogas no apartamento dele. Esta circunstância foi confirmada pelo policial civil José Eduardo, constante no boletim de ocorrência de fls. 26/28. Esta apreensão de droga, 200 pinos de cocaína e uma tigela de vidro com outros 104g de cocaína, além de 192g de maconha. A corroborar, ainda, os policiais militares relataram uma fuga do acusado cm uma motocicleta, circunstância esta igualmente relatada pelo policial civil José Eduardo, com boletim de ocorrência a dar lastro ao narrado às fls. 51/52, onde, mediante mensagens extraídas do celular do acusado há diálogos claros de negociação de droga com um usuário fls. 56/57**. Por todo o acima exposto,

de rigor o acolhimento da pretensão punitiva deduzida na denúncia, ante o respaldo nas provas coligidas**. O relatório da Policia Civil, e respectivo croqui, atestou que o delito foi praticado nas imediações da Unidade Básica de Saúde da Família "Dr. Luis Spina", bem como a Escola Municipal Izadora Bevilacqua de Souza Merenda**. Esta circunstância foi ainda confirmada pelos policiais militares. A Defesa insurge contra essa majorante, contudo, no entender desta magistrada, razão não lhe assiste. O arigo 40, inciso III, ao preceituar a citada causa de aumento de pena, não exige nenhuma circunstância especial além da proximidade física com os citados locais. Isto porque estes propiciam um grande fluxo de pessoas, o que toma mais fácil, ágil e lucrativa a mercancia da droga, a justificar o aumento da pena. (...) Diante de tais elementos de convicção, está comprovada suficientemente a imputação feita ao réu, a superar a presunção constitucional de inocência. Apurada aresponsabilidade, passo a dosar a pena. **Sopesados os critérios estabelecidos nos art. 59 e 60 do Código Penal e o artigo 42 da Lei n° 11.343/06, fixo a pena base majorada em 1/6 pela diversidade crack e maconha - das substâncias traficadas e também pela natureza destas, o réu utilizou-se de crack no comércio de entorpecentes, substância esta que apresenta maior lesividade à estrutura físico orgânica e com maior e mais rápido grau de dependência**. **O delito fora praticado nas imediações da Unidade Básica de Saúde da Família "Dr. Luis Spina" e Escola Municipal Izadora Bevilacqua de Souza Merenda, (conforme croqui de lis. 43/44) o que permite a exasperação da pena em 1/6**. Deixo de aplicar a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33. § 4º. da Lei n° 11.343/06. Inicialmente pontuo que esta não é de aplicação automática ou obrigatória. É facultativa deve ser analisada ao prudente critério do Juiz, em situação excepcional. Com efeito, o tráfico é delito inserido em uma cadeia de criminalidade, pois necessário é aliar-se a outros delinquentes para a obtenção do entorpecente, desde o local da produção até chegar ao pequeno traficante que vende no varejo. Assim, a experiência traz como raríssimo a hipótese do traficante a agir solitariamente, ou seja, como aquele que produz c posteriormente vende o entorpecente produzido. Em verdade, a grande maioria traz o traficante integrado a uma célula criminosa, numa cadeia necessária a consecução do objetivo comum, a disseminação da droga. **No caso vertente, de se ressaltar ainda que o acusado se dedicava ao tráfico de entorpecente, de forma reiterada, conforme acima analisado, a teor da palavra dos policiais militares e do policial civil, respaldado em boletim de ocorrência e relatório de investigação. Desta forma, reputo que o acusado se dedica a atividades criminosas e ainda integra, mesmo que de forma indireta, uma organização criminosa, pelos vínculos necessários ao exercício do tráfico. Por conseguinte, incabível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º. da Lei n° 11.343/06**. Assim, a pena é fixada em 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão e ao pagamento de 680 dias-multa. Ausentes outras causas modificativas, tomo esta pena definitiva, consoante o sistema trifásico de aplicação. Posto isto, julgo PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal para condenar o réu EDER WESLEY DE OLIVEIRA à pena de 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão e ao pagamento de 680 dias-multa, fixado este

em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, como incurso no artigo 33, caput c.c artigo 40, III. ambos da Lei n° 11.343/06. Denego ao acusado o direito de apelar em liberdade. As provas demonstraram que o acusado tem comportamento reiterado, conforme supra analisado, de forma que sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública. Ademais, de se ponderar a grande perniciosidade social do tráfico, o qual está sempre associado a uma organização criminosa, cm maior ou menor grau de proximidade, e com desdobramentos em outros crimes. Não obstante, o acusado permaneceu preso durante toda a instrução processual, de modo que agora condenado, sua soltura configurar-se-ia em contrassenso. **A pena deverá ser cumprida em regime inicial fechado ante a conduta do acusado voltada a prática delitiva, além da gravidade do delito, considerado hediondo, e sua forte repercussão social. Por igual fundamento, incabível sursis e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consoante aos artigos 44, III e 77, II, ambos do Código Penal. O réu não apresentou prova da origem licita do dinheiro apreendido, conforme acima analisado.**

Assim se manifestou a Corte Estadual (fls. 53-58, com destaques):

[...] **Outrossim, restou configurada, no caso em apreço a causa de aumento de pena referente a hipótese descrita no inciso III do artigo 40 da Lei de Drogas, eis que o crime foi praticado nas imediações da Unidade básica de Saúde da Família "Dr. Luis Spina" e da instituição de ensino "Escola Municipal Izadora Bevilacqua de Souza Merenda", de acordo com o relatório da polícia civil e respectivo croqui anexados aos autos (fls. 42/44; 59/61).**

Registre-se que a referida majorante fundamenta-se na difusão do dano e na maior potencialidade do delito, em sua extensão, tendo em vista a exposição de pessoas ao risco inerente à atividade criminosa.

Desse modo, incide a causa de aumento em apreço, tendo em vista que o Apelante trazia consigo drogas nas proximidades de locais que gozam de especial proteção, motivo pelo qual não se exige que seja praticado *in loco*, basta que a conduta delitiva se dê nas imediações, como ocorreu na espécie, sendo ainda prescindível a efetiva venda de entorpecentes (....)

[...]

Portanto, devidamente reconhecida na r. sentença a causa de aumento de pena previstas nos inciso III do artigo 40 da Lei n. 11.343/2006, não procede o pedido de exclusão da majorante.

No que tange a causa de diminuição da pena prevista no artigo 33, parágrafo 4°, da Lei n. 11.343/2006, pugna a defesa por sua aplicação sob o fundamento de que estariam presentes os requisitos autorizadores para a concessão do benefício.

O artigo em comento trata da figura do "traficante privilegiado", também chamada de "traficância menor" ou "traficância eventual, no qual estabelece a redução de pena de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

No presente caso, evidencia-se que o juízo monocrático na sentença exarada afastou o causa de diminuição de pena ao fundamento de que 'o acusado se dedicava ao tráfico de entorpecentes, de forma reiterada, a teor da palavra dos policiais militares e do policial civil, respaldado em boletim de ocorrência relatório de investigação'.

Pois bem. **Embora se trate de acusado primário, as circunstâncias da prisão, o histórico assinalado pelos policiais militares de envolvimento do Apelante no tráfico de drogas, de acordo com as declarações prestadas às fls. 03 e 05 do auto de prisão em flagrante, somado à natureza e quantidade das drogas apreendidas (41,2 g de crack e 100,1 g de maconha), dão conta de que o condenado não realizava a mercancia ilícita de forma ocasional, não se mostrando cabível, portanto, a aplicação do referido benefício.**

Destaca-se, nesse ponto, que nada impede que a natureza e/ou quantidade de droga justifique a exasperação da pena-base e fundamente o não reconhecimento do tráfico privilegiado.

[...]

Por conseguinte, a procedência da ação, era de rigor, nos termos da r. sentença impugnada. Passa-se ao exame da dosimetria das penas, do respectivo regime inicial de cumprimento e da possibilidade de substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Afere-se que o juízo de primeiro grau com base nas diretrizes do artigo 59 do Código Penal e do artigo 42 da Lei de Drogas, aumentou a pena-base em um sexto, em razão da diversidade (crack e maconha) das substâncias entorpecentes e também em razão da nocividade de tais substâncias.

Com efeito, reputa-se razoável a exasperação da pena-base na fração de 1/6, porquanto até pode parecer ínfima a quantidade de droga aprendida - 41,2g de crack -, contudo, sabe-se que referida substância apresenta maior lesividade tendo em vista o rápido grau de dependência. Anote-se ainda que cada pedra de crack pesa aproximadamente 0,25 gramas, assim, cada uma grama poderá fazer-se até quatro pedras e no presente caso, se teria um número considerável de pedras de crack (Secretaria de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos do Paraná, Relatório II Núcleo de pesquisa em criminologia e política penitenciária NUPECRIM).

Desse modo, tendo em vista a nocividade da droga apreendida, mostra-se correto e proporcional à exasperação da pena-base acima do mínimo legal, na fração de 1/6, resultando a pena de 05 anos, 10 meses de reclusão e o pagamento de 583 dias-multa.

Na fase posterior, não houve a incidência de circunstâncias atenuantes e agravantes, matem-se, assim, as penas anteriormente fixadas.

Por fim, na terceira fase, aplicou-se o aumento de 1/6 referente à causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas, perfazendo a pena em definitivo de 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão e o pagamento de 680 dias-multa, no mínimo legal.

Depreende-se, portanto, que as penas foram corretamente fixadas, observou-se o critério trifásico estabelecido no artigo 68 do Código Penal, todas as fases de dosimetria restaram fundamentadas dentro dos parâmetros

> legais, não merecendo qualquer reparo a reprimenda imposta na r.sentença.
> **Quanto ao regime de cumprimento de pena, fica mantido o fechado fixado na r.sentença. É certo que o crime de tráfico de drogas traz consigo diversos reflexos sociais danosos, a conduta é grave, assim, a reprimenda deve-se pesar forte no intuito de garantir a prevenção especial e geral da pena, com intuito de evitar a reincidência do réu, prevenir terceiros das consequências da incursão sobre essa conduta e penalizar o acusado pelos seus atos, atendendo assim as funções sociais da pena educativa, preventiva e retributiva, entendendo-se, portanto, inadequado o regime intermediário ou o aberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade.**
> **No mais, entende-se incabível a substituição da pena privativa por restritiva de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo, nos termos do artigo 44, inciso I, do Código Penal.**

No que se refere à aplicação da majorante prevista no art. 40, III da Lei 11.343/06, o Tribunal de origem aduziu que *o crime foi praticado nas imediações da Unidade básica de Saúde da Família "Dr. Luis Spina" e da instituição de ensino "Escola Municipal Izadora Bevilacqua de Souza Merenda", de acordo com o relatório da polícia civil e respectivo croqui anexados aos autos (fls. 42/44; 59/61)* [fl. 53].

No mesmo sentido, a jurisprudência desta Corte Superior entende que, para a incidência da majorante prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, é desnecessária a efetiva comprovação de mercancia nos referidos locais, sendo suficiente que a prática ilícita tenha ocorrido em locais próximos, ou seja, nas imediações de tais estabelecimentos, diante da exposição de pessoas ao risco inerente à atividade criminosa da narcotraficância (HC 401.235/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/10/2017, DJe 13/10/2017). Assim, não há como afastar a referida causa de aumento.

Noutro giro, quanto à elevação da pena-base, destacou a magistrada singular que foi *majorada em 1/6 pela diversidade crack e maconha - das substâncias traficadas e também pela natureza destas, o réu utilizou-se de crack no comércio de entorpecentes, substância esta que apresenta maior lesividade à estrutura físico orgânica e com maior e mais rápido grau de dependência* (fls. 31-32).

Mantendo o entendimento, o Tribunal *a quo* aduziu que *reputa-se razoável a exasperação da pena-base na fração de 1/6, porquanto até pode parecer ínfima a quantidade de droga aprendida - 41,2g de crack -, contudo, sabe-se que referida substância apresenta maior lesividade tendo em vista o rápido grau de dependência* (fl. 57).

Acrescentou que *tendo em vista a nocividade da droga apreendida, mostra-se correto e proporcional à exasperação da pena-base acima do mínimo legal, na fração de 1/6* (fl. 57).

Como se vê, a exasperação da pena-base justificou-se tão somente em razão da nocividade e diversidade das drogas apreendidas, tratando-se de *41,2 g de crack e 100,1 g de maconha.*

Com efeito, nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a natureza e a variedade das drogas apreendidas, associadas a uma quantidade expressiva, constituem fundamentação idônea tanto para justificar a elevação da pena-base, quanto para a incidência da minorante em índice inferior ao máximo, a imposição do regime mais severo e o indeferimento da substituição das penas.

No caso, entretanto, em que pese a natureza mais gravosa de um das drogas apreendidas (*crack*), a quantidade do entorpecente não pode ser considerada significativa, de sorte a justificar a elevação da pena-base. A propósito:

> HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. VALORAÇÃO DESFAVORÁVEL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME E MOTIVO. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.
>
> 1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime. Especialmente, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o Magistrado declinar, motivadamente, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.
>
> **2. As vetoriais da natureza e quantidade, previstas no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, foram sopesadas negativamente em razão da apreensão de 170 porções de crack, com peso de 44,357g. Contudo, a quantidade apreendida não demonstra reprovabilidade suficiente para exasperar a pena-base.**
>
> 3. A análise desfavorável do motivo e das consequências do crime exigem fundamentação idônea, não podendo estar amparada em considerações genéricas e inerentes aos tipos penais.
>
> 4. Os danos à saúde pública e a obtenção de lucro fácil, abstratamente considerados, são inerentes ao tipo penal do crime de tráfico de drogas.
>
> 5. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena do Paciente ao patamar de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 560 (quinhentos e sessenta) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença condenatória.
>
> (HC 466.740/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2018, DJe 19/12/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGAS. CIRCUNSTÂNCIA QUE JUSTIFICA A REDUÇÃO DA PENA-BASE.

1. O Tribunal de origem, ao reexaminar o tema restituído em apelação da defesa, reduziu as penas-base dos réus ante a pequena quantidade de drogas (74 pedras que equivaleriam a 12,09g - doze gramas e nove centigramas - de cocaína), ainda que lesiva a natureza do entorpecente, entendimento que se coaduna com precedentes deste Superior Tribunal de Justiça.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg nos EDcl no REsp 1717033/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 12/12/2018)

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ILEGALIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA (3,7 GRAMAS DE CRACK E 3,4 GRAMAS DE COCAÍNA). PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. O Julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime. Especialmente quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o Magistrado declinar, motivadamente, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

2. Não obstante a variedade e a qualidade das drogas apreendidas, a pequena quantidade (3,7g de crack e 3,4g de cocaína) não demonstra reprovabilidade suficiente para exasperar a pena-base. Cabível a fixação no mínimo legal. Precedentes.

3. Ordem de habeas corpus concedida para reduzir a pena do Paciente para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

(HC 462.993/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 08/11/2018, DJe 23/11/2018)

Deste modo, afasto a exasperação aplicada à pena-base, fixando-a no mínimo legal de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Acerca da minorante do tráfico, a magistrada sentenciante destacou que ***os policiais militares narraram que conheciam o acusado de outras ocorrências policiais, todas deste ano de 2015. Aduziram que tinham prévio conhecimento do envolvimento dele no tráfico de entorpecente, com narrativa de apreensão de quantia grande de drogas no apartamento dele.***

Esta circunstância foi confirmada pelo policial civil José Eduardo, constante no boletim de ocorrência de fls. 26/28. Esta apreensão de droga, 200 pinos de cocaína e uma tigela de vidro com outros 104g de cocaína, além de 192g de maconha. A corroborar, ainda, os policiais militares relataram uma fuga do acusado cm uma motocicleta, circunstância esta igualmente relatada pelo policial civil José Eduardo, com boletim de ocorrência a dar lastro ao narrado às fls. 51/52, onde, mediante mensagens extraídas do celular do acusado há diálogos claros de negociação de droga com um usuário (fl. 31, grifei).

Acrescenta que ***o acusado se dedicava ao tráfico de entorpecente, de forma reiterada, conforme acima analisado, a teor da palavra dos policiais militares e do policial civil, respaldado em boletim de ocorrência e relatório de investigação***. *Desta forma, reputo que o acusado se dedica a atividades criminosas e ainda integra, mesmo que de forma indireta, uma organização criminosa, pelos vínculos necessários ao exercício do tráfico. Por conseguinte, incabível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33. § 4º. da Lei n° 11.343/06* (fl. 32, grifei).

Por sua vez, o Tribunal Bandeirante consignou que *Embora se trate de acusado primário, as circunstâncias da prisão,* ***o histórico assinalado pelos policiais militares de envolvimento do Apelante no tráfico de drogas, de acordo com as declarações prestadas às fls. 03 e 05 do auto de prisão em flagrante****, somado à natureza e quantidade das drogas apreendidas (41,2 g de crack e 100,1 g de maconha), dão conta de que* ***o condenado não realizava a mercancia ilícita de forma ocasional****, não se mostrando cabível, portanto, a aplicação do referido benefício* (fl. 56, grifei).

Com efeito, a aplicação do disposto no § 4º, art. 33, Lei de Drogas, pressupõe que o agente, dentre outros requisitos, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. Constatado envolvimento delitivo anterior e a participação em associação ou organização criminosa, como na hipótese em exame, inviável a aplicação do fator redutor. Nesse sentido: HC 369.892/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 14/10/2016; HC 365.728/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 28/09/2016; HC 358.404/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 21/09/2016; HC 297.075/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 22/09/2016; HC 360.868/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 01/09/2016.

Assim, mantenho afastada a aplicação da minorante do tráfico privilegiado e, considerando a fixação da pena-base em seu mínimo legal, bem como a ausência de atenuantes e agravantes, mantida a aplicação em 1/6 da causa de aumento de pena do art. 40, III da Lei 11.343/06, concretizo a sanção definitiva do paciente em **5 anos e 10 meses de reclusão, mais 584 dias-multa**.

Por fim, o paciente é primário, condenado a pena reclusiva superior a 4 anos e inferior a 8 anos - **5 anos e 10 meses** -, portanto, cabível o regime semiaberto, sendo inviável a substituição da pena corporal, nos estritos termos dos arts. 33, § 2º, *b* e 44, I do Código Penal.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para fixar a sanção definitiva do paciente em 5 anos e 10 meses e de reclusão, em regime semiaberto, mais 584 dias-multa.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 08 de abril de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator