HABEAS CORPUS Nº 503.810 - SP (2019/0102785-1)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LEANDRO DE CASTRO GOMES - MG110528
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL XAVIER MOREIRA BRITO

EMENTA

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ILEGALIDADE FLAGRANTE. NEGATIVA FUNDADA NA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA (76,1 G DE COCAÍNA E 18,1 G DE *CRACK*). IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO DA PENA QUE SE IMPÕE, COM A CONSEQUENTE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL MAIS BRANDO E SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.
Ordem liminarmente concedida nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de **Rafael Xavier Moreira Brito** – condenado, como incurso no crime de tráfico de drogas, às penas de 5 anos de reclusão, no regime inicial fechado, e 500 dias-multa, ao portar **76,1 g de cocaína e 18,1 g de *crack*** –, em que se aponta como autoridade coatora a Terceira Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que deu provimento à apelação ali interposta pelo *Parquet* local, ao manter a condenação imposta pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Taubaté/SP, porém majorou a pena imposta em razão do afastamento do tráfico privilegiado, nos termos do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (Ação Penal n. 0017102-81.2015.8.26.0625).

Alega a impetrante, em síntese, que o paciente adimple os requisitos indispensáveis à concessão da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Postula, então, a concessão liminar da ordem para que seja aplicada a referida causa especial de diminuição da pena da Lei Antidrogas, substituindo-se a privativa de liberdade por restritiva de direitos e fixando-se o regime inicial mais brando para cumprimento de pena.

É o relatório.

A ordem merece ser liminarmente concedida.

O Tribunal de origem, ao reformar parcialmente a sentença condenatória, majorou a pena imposta ao paciente, ao considerar que se dedicava a atividades criminosas, e afastou o tráfico privilegiado disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, mediante a seguinte fundamentação (fls. 179/213 – grifo nosso):

> [...] Em outras palavras: o fato de o réu não ter sido encontrado em atos de venda, à míngua de outros elementos, não serve - como não pode servir - de prova cabal da sua inocência ou da sua condição de mero usuário de drogas.
>
> Não. Não mesmo!
>
> No duro, serão as circunstâncias do caso concreto, a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local da abordagem, as condições em que se desenvolveu a ação e as circunstâncias sociais, pessoais, conduta e antecedentes do agente, que dirão se a droga seria, ou não, destinada ao tráfico de drogas, nos exatos termos do art. 28, §2°, da Lei de Regência.
>
> [...]
>
> A bem da verdade, as provas dos autos consubstanciam um conjunto de indícios que convergem no sentido de evidenciar a materialidade e a autoria dos fatos, tal como reconhecido na r. sentença, ainda com base no firme depoimento judicial do agente da lei, confirmado pela confissão judicial do Logo, demonstradas a materialidade e a autoria narcotraficante do réu, passo à análise da dosimetria da pena.
>
> A pena-base foi fixada no mínimo legal, 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no piso. Contudo, deve ser fixada acima do mínimo legal, tendo em vista a quantidade e a natureza das substâncias entorpecentes apreendidas, 76,1 g de "cocaína", acondicionadas em 86 invólucros, confeccionados com plástico transparente e 18,1 g de "crack", acondicionados em 39 invólucros, também confeccionados com plástico transparente, além da quantia de R$ 40,00, o que nos termos do art. 42, da Lei n. 11.343/2006, prepondera sobre a análise do art. 59, "caput", do Código Penal e serve, ao menos, como fundamento principal para o exasperamento da pena-base. Nesse sentido, já se posicionaram o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça:
>
> [...]
>
> Sendo assim, exaspero a pena-base para 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, no piso, consoante facultado pelo apelo Ministerial.
>
> Na segunda fase, presentes as circunstâncias atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa. Desta forma, atenuo a pena para 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no piso.
>
> Por fim, na terceira fase da dosimetria da pena não há causas de aumento ou de diminuição para serem analisadas.
>
> Com efeito, a meu ver, é o caso de não se fazer incidir o § 4°, do art. 33, da Lei n. 11.343/2006, artigo que estatui que nos crimes definidos no "caput" e no §1°, do indigitado artigo, a pena poderá ser reduzida de 1/6 a 2/3, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.
>
> Desde logo, cumpre lembrar, com base no texto legal, que além da primariedade e dos bons antecedentes do réu, reclama-se que ele não se dedique

às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

De fato, não há negar-se ser extremamente difícil, às vezes impossível mesmo, a prova, no duro, de fato negativo, de o narcotraficante não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa, "contrario sensu" exigindo-se, por parte do Ministério Público, que prove que ele faz parte de uma organização criminosa ou se dedique a atividades criminosas.

Bem por isso, tem-se entendido, corretamente, frise-se, que a conduta social do réu, o concurso de agentes, a quantidade e a natureza da substância entorpecente, a variedade das substâncias entorpecentes, os apetrechos utilizados pelo criminoso e as circunstâncias da apreensão da substância entorpecente servem, primacialmente, como amparo probatório para o reconhecimento da dedicação do réu à atividade criminosa. Assim, por exemplo, já entendeu, "ad nauseam", o Supremo Tribunal Federal:

[...]

Tudo o acima exposto traduz, marcadamente, a necessária presença de elementos concretos, reclamados pela jurisprudência, que indicam a dedicação do réu, do narcotraficante, à atividade criminosa relacionada ao comércio de substâncias entorpecentes. Mais uma vez, o que já decidido pelo Supremo Tribunal Federal:

[...]

No caso concreto, **foram encontrados 76.1 q de "cocaína", acondicionadas em 86 invólucros, confeccionados com plástico transparente e 18,1 g de "crack", acondicionados em 39 invólucros, também confeccionados com plástico transparente, além da quantia de R$ 40,00, o que demonstra, ainda mais, a impossibilidade da redução prevista no art. 33, § 4°, da Lei n. 11.343/2006, a evidenciar, a mais não poder, que ele se dedicava às atividades criminosas, o que confessado, também em Juízo, pelo policial militar ouvido. Sendo assim, afasto a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4°, da Lei n. 11.343/2006**.

Por fim, o regime inicial de cumprimento de pena para o réu deverá ser o fechado, uma vez que a Lei n. 8.072/1990, em seu art. 2º, §1°, prevê expressamente que o regime inicial de cumprimento de pena para os crimes nela previstos será o fechado, medida esta estabelecida em perfeita harmonia com o tratamento diferenciado e mais rígido conferido pela própria Constituição Federal aos crimes hediondos e equiparados (art. 5º, XLIII). Aliás, embora não desconheça a declaração incidental de inconstitucionalidade do dispositivo mencionado no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840, Rel. Min. Dias Toffoli, entendo que, por possuir eficácia "inter partes", o controle de constitucionalidade difuso exercido pelo Supremo Tribunal Federal não vincula as Instâncias inferiores, apenas produzindo efeito naquele julgamento em especial, de sorte que, aqui, permaneço com o entendimento segundo o qual o tratamento impingido aos crimes hediondos e equiparados deve ser mais rigoroso, não cumprindo ao Poder Judiciário analisar a conveniência e adequação da política criminal do seu tratamento, matéria reservada ao Poder Legislativo, Órgão constitucionalmente competente para tanto.

[...]

Na espécie, a meu ver, as instâncias de origem **não** lograram fundamentar de maneira idônea a negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (HC n. 343.290/SP).

Da atenta análise dos autos, observa-se que *a hipótese tratou de pequena quantidade de entorpecente (35 g de cocaína) e, em decorrência, com o devido respeito à proporcionalidade, deve incidir a causa de diminuição do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/2006, em sua fração máxima, alcançando as penas o montante de 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa* (HC n. 480.783/RJ, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 14/2/2019).

Nesse sentido:

> PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA MINORANTE TENDO POR BASE A NATUREZA E A QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA, ISOLADAMENTE CONSIDERADAS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS A INDICAREM EVENTUAL DEDICAÇÃO DO RÉU ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS OU SER ELE INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE DEMANDARIA O REEXAME DA PROVA DOS AUTOS. MEDIDA VEDADA PELA SÚMULA 7 DESTE STJ. AGRAVO IMPROVIDO.
>
> 1. Conforme precedentes desta Corte Superior, a natureza e a quantidade da droga apreendida constituem variáveis que podem validamente ser consideradas para embasar conclusão no sentido de efetiva dedicação às atividades criminosas por parte do réu ou, até mesmo, de ser ele integrante de organização criminosa, contanto que outros elementos de prova constantes dos autos evidenciem tais condições, em conjunto com as mencionadas vetoriais. Todavia, isoladamente consideradas, a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido, por si sós, não são suficientes para embasar conclusão acerca da presença das referidas condições obstativas e, assim, afastar o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado.
>
> 2. No caso dos autos, em que pese a natureza mais gravosa e a expressiva quantidade do entorpecente apreendido (5 kg de cocaína), a Corte de origem, soberana na análise do conjunto fático-probatório, concluiu que inexistiriam elementos outros a indicar eventual dedicação do acusado a atividades criminosas, bem assim que a tese da acusação vinculando o réu a organização criminosa encontrava-se no mero plano da suposição, uma vez que nem mesmo a existência da suposta organização criminosa seria certa.
>
> 3. Diante de tal moldura, o acolhimento da pretensão recursal demandaria, necessariamente, o reexame da prova dos autos, medida incompatível com a via do recurso especial, por força da Súmula 7 desta Corte.
>
> 4. Agravo regimental improvido.
>
> (AgRg no REsp n. 1.430.893/MS, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 4/10/2017)

Logo, afigura-se viável acolher-se a pretensão, porquanto a suposta dedicação do paciente a atividades criminosas, nos moldes apresentados pelas instâncias ordinárias, **não** ficou demonstrada.

Igualmente: HC n. 399.833/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 24/8/2017.

Nesse contexto, reconhecida a ilegalidade dos fundamentos adotados pelas instâncias ordinárias, cabe o redimensionamento da pena.

Com efeito, com base nos critérios norteadores da aplicação – arts. 42 e 43 da Lei n. 11.343/2006 e art. 59 do Código Penal –, na primeira fase da dosimetria, mantêm-se as penas no patamar mínimo de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, em razão da primariedade do paciente, e, além disso, as demais circunstâncias judiciais não indicam maior reprovação na conduta delitiva (fls. 86/104 e 155/213).

Na segunda fase, apesar de presentes as circunstâncias atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa, essas **não** detêm poder de diminuir a pena aquém do mínimo legal, em razão do óbice disposto na Súmula 231/STJ: *a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*.

Logo, mantenho em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa (fls. 86/104 e 155/213).

Em atenção ao princípio da concretude, já na terceira fase, o paciente, preenchendo os requisitos do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 – agente primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas e não integra organização criminosa – faz jus à diminuição da pena no patamar máximo 2/3, já que o referido conjunto probatório comprovou que foi reduzida a quantidade de entorpecente apreendido (**76,1 g de cocaína e 18,1 g de *crack***) e, também, a primariedade do paciente, tudo a justificar a diminuição das penas no mencionado patamar, de modo que passam a ser de **1 ano e 8 meses de reclusão, e 166 dias-multa, as quais se tornam definitivas em razão da ausência de outras causas capazes de alterá-las**.

Fixada a pena-base no mínimo legal e tendo em vista a primariedade do paciente, fixo o **regime inicial aberto** para início de cumprimento da pena, bem como substituo a privativa de liberdade por duas restritivas de direitos a serem implementadas pelo Juízo da Execução Penal.

Ante o exposto, **concedo liminarmente** a ordem para aplicar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à condenação imposta ao paciente na Ação Penal n. 0017102-81.2015.8.26.0625/SP, do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Taubaté/SP, resultando a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, e 166 dias-multa, no regime inicial aberto, substituída a privativa de liberdade por duas restritivas de direitos a serem implementadas pelo Juízo da Execução Penal.

Comunique-se com urgência.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 11 de abril de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator