HABEAS CORPUS Nº 471.136 - SP (2018/0251434-7)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO RODRIGO AUGUSTO TADEU MARTINS LEAL DA SILVA - SP330858
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	NEFTIN PERGENTINO BENEDITO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS MAJORADO. AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. APREENSÃO DE QUANTIDADE NÃO EXACERBADA DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE. REQUISITOS PREENCHIDOS. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA MINORANTE NA FRAÇÃO DE 3/5 (TRÊS QUINTOS). RAZOABILIDADE. QUANTIDADE NÃO É ÍNFIMA. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. ART. 40, INCISO III, DA LEI N.º 11.343/2006. PRÁTICA DO ILÍCITO NAS PROXIMIDADES DE INSTITUIÇÃO DE ENSINO. NATUREZA OBJETIVA. PRECEDENTES. REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de NEFTIN PERGENTINO BENEDITO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação n.º 0000097-54.2017.8.26.0535.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado às penas de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, além de 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso III, ambos da Lei n.º 11.343/2006, pois "*guardava, tinha em depósito e trazia consigo, nas imediações de estabelecimento de ensino, para fins de tráfico, 59 (cinquenta e nove) eppendorfs contendo 26,16 gramas de '*cocaína*' e 38 (trinta e oito) invólucros, contendo 105,57 gramas de '*maconha*'*" (fl. 154).

Irresignada, a Defesa interpôs Recurso de Apelação. O Tribunal *a quo* negou provimento ao apelo defensivo, nos termos do acórdão assim ementado (fl. 229):

> "*APELAÇÃO – TRÁFICO DE DROGAS – Materialidade e autoria delitiva nitidamente demonstradas – Versão do réu restou isolada nos autos – Falas dos policiais firmes e coerentes – Depoimentos que se revestem de fé-pública, corroborados pelo conjunto probatório – Ausência de provas de que teriam intuito de prejudicar o réu – Traficância comprovada – Afastamento da causa de aumento prevista no art . 40, III , da Lei n.º 11.343/06 – Impossibilidade – Basta estar nas mediações dos locais estabelecidos pela Lei de Drogas para a configuração da majorante – Condição objetiva – Condenação era de rigor – Regime inicial fechado mantido – Substituição da pena corporal por restritivas de direitos – Impossibilidade - Sentença mantida - Recurso – Recurso defensivo desprovido.*"

Neste *writ*, a Impetrante alega, em suma, que o Paciente preenche os requisitos legais para a concessão da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, no seu patamar máximo; que é cabível o estabelecimento do regime inicial aberto de cumprimento de pena; e que deve ser afastada a majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006, uma vez que o delito foi praticado durante o período de férias escolares.

Requer, liminarmente, seja permitido ao Paciente aguardar o julgamento do *writ* em liberdade e, no mérito, a aplicação da fração máxima do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, a alteração do regime inicial de cumprimento de pena para o aberto e o afastamento da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 265-268).

Foram prestadas informações às fls. 274-315.

O Ministério Público Federal manifestou-se à fl. 317, opinando pela concessão da ordem tão somente para que seja fixado o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena.

É o relatório.

Decido.

O Juízo de primeira instância afastou a aplicação da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 com base na seguinte fundamentação (fl. 158):

> "*Inaplicável o redutor previsto no artigo 33, parágrafo quarto da Lei 11.343/06, em vista da quantidade das drogas apreendidas, assim como o fato do acusado cometer o delito nas imediações de*

> *estabelecimento de ensino, onde encontraria maior facilidade para a propagação da droga, exigível atuação estatal mais severa, na tentativa de dissuadi-lo da prática de iguais e novos atentados.*"

O Colegiado de origem expôs as seguintes razões ao manter o afastamento da minorante (fls. 241-242):

> "[...]
> *Agiu, certamente, com acerto o Magistrado sentenciante, ao deixar de aplicar o redutor previsto no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06 pelo contexto fático, ressaltando o douto Juíz que, além da grande quantidade de drogas, o crime foi cometido perto de escola.*
> *[...]*
> *No presente caso, o réu trazia consigo e mantinha em depósito, 59 porções de cocaína e 38 de maconha, o primeiro deles entorpecente de elevado potencial lesivo, demonstrando seu envolvimento na atividade criminosa.*
> *Ademais, não comprovou ocupação lícita.*
> [...]
> *Por tanto, à luz das peculiaridades do caso em tela, em que pese a primariedade do réu, é inegável que as circunstâncias concretas do delito praticado impedem a aplicação do §4Q, do artigo 33, da lei 11.343/06.*
> [...]
> *De qualquer forma, a quantidade de drogas e diversidade são fundamentos idôneos para o afastamento do redutor.*"

Tenho que, na hipótese dos autos, a natureza e a quantidade das drogas apreendidas não podem ser consideradas por demais relevantes (105,57g de "maconha" e 26,16g de "cocaína") a ponto de negar a aplicação da causa especial de redução de pena.

Além disso, motivar o afastamento da minorante em razão "*do acusado cometer o delito nas imediações de estabelecimento de ensino*" viola o princípio do *non bis in idem*, haja vista que o édito condenatório considerou tal circunstância para aumentar a pena, na terceira fase de dosimetria, com base no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006.

Assim, as instâncias ordinárias apresentaram fundamentações inadequadas para afastar a incidência da mencionada causa de diminuição de pena, tendo em vista que não foram ressaltadas circunstâncias concretas idôneas e que a quantidade de drogas apreendidas, **apesar de não ser ínfima, também não é exacerbada. De fato, a menção da natureza e quantidade de entorpecentes, na hipótese, é legítima tão somente**

para influenciar no *quantum* de diminuição a ser aplicado.

Com efeito, o legislador prefixou patamares **variáveis** (1/6 a 2/3) a serem observados pelo órgão julgador ao diminuir a reprimenda, de modo que a quantidade e a natureza das drogas apreendidas podem, em respeito ao princípio da individualização da pena, serem sopesados no momento da aplicação do referido *quantum*, sendo adequado, ao caso dos autos, a aplicação da fração de 3/5 (três quintos).

Nessa perspectiva, em recente deliberação, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça estabeleceu igual redução de pena em julgamento de *habeas corpus* em que as circunstâncias são semelhantes às da presente hipótese. Confira-se:

> "HABEAS CORPUS. *TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ART. 33,* CAPUT, *DA LEI N.º 11.343/2006. APREENSÃO DE QUANTIDADE NÃO EXACERBADA DE DROGAS . 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. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REQUISITOS PREENCHIDOS. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA MINORANTE NA FRAÇÃO DE 3/5 (TRÊS QUINTOS). FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO. ORDEM DE* HABEAS CORPUS *PARCIALMENTE CONCEDIDA.*
>
> ***1. Fixada a pena-base no mínimo legal e apreendida quantidade não exacerbada de droga (15,9g de cocaína e 134,5g de maconha), legítima é a aplicação da minorante (art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006), uma vez que a fundamentação utilizada pelas instâncias ordinárias para afastar a sua incidência é abstrata e genérica, bem como exigiu a presença de requisitos não previstos em lei como, por exemplo, a frequência escolar ou o exercício de atividade remunerada lícita.***
>
> ***2. Inviável o estabelecimento da fração máxima diante da variedade e natureza das drogas apreendidas, mas mostra-se suficiente a aplicação da fração intermediária de 3/5 (três quintos)****.*
>
> *3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.*
>
> *4. Situação concreta em que, embora praticado o crime de tráfico de drogas em concurso material com o de corrupção ativa, a pena final total é de 4 (quatro) anos de reclusão, sendo possível a fixação do regime aberto, diante da ausência de circunstâncias judiciais negativas e da quantidade de drogas apreendidas.*
>
> *5. Ordem de* habeas corpus *parcialmente concedida para reduzir a pena do Paciente, quanto ao crime de tráfico de drogas, para 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, além do pagamento de 200*

> *(duzentos) dias-multa no mínimo legal, devendo o juiz da execução verificar a presença dos requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.*" (HC n.º 460.852/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, DJe 12/12/2018; sem grifos no original.)

Outrossim, o Tribunal estadual manteve a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006 com base nos seguintes motivos (fls. 238-240, sem grifos no original):

> "*Por fim, bem reconhecida a causa de aumento constante no artigo 40, 111, da Lei nº 11.343/06.*
>
> ***Em que pese entendimentos contrários, entendo que para a incidência da referida majorante basta que a conduta da pessoa acusada seja realizada nas proximidades ou dependências dos locais estipulados na Lei.***
>
> *Aliás, a redação do dispositivo é clara ao dizer que as penas serão aumentadas se: '*a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos*' (grifei).*
>
> [...]
>
> *Ora, o objetivo do legislador foi agravar ainda mais a ação de quem comete tráfico de drogas nos locais em que inevitavelmente há um conglomerado de pessoas, a fim de proteger a saúde pública.*
>
> ***E, compulsando os autos, verifica-se que pelo mapa anexado aos autos e pelos depoimentos dos policiais ouvidos em juízo que o réu estava traficando drogas em área próxima a uma escola estadual.***
>
> ***Desse modo, pouco importa se era período de férias escolares ou se as drogas que foram apreendidas com o acusado seriam comercializadas para as pessoas que frequentavam a escola ou não.***
>
> *Trata-se, pois, de condição objetiva.*
>
> *Sendo assim, não há que se falar em afastamento da causa de aumento, pois aplicada de forma escorreita, nos termos acima delineados.*"

Como se percebe, as razões expostas no acórdão combatido estão em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a majorante em análise possui natureza objetiva, bastando para a sua aplicação a simples prática do tráfico de drogas nas proximidades da instituição de ensino, o que, por si só, é capaz de submeter a comunidade escolar aos riscos inerentes à mercancia ilícita.

Nesse sentido, confira-se:

"*PROCESSUAL PENAL E PENAL.* HABEAS CORPUS. *RECEPTAÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, INCISO III, DA LEI N.º 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. ORDEM DENEGADA.*

1. Hipótese em que as instâncias de origem, após uma minuciosa análise, concluíram que as provas são suficientes para demonstrar que o paciente tinha conhecimento da origem ilícita do objeto, destacando a apreensão em seu poder. A afirmativa de que eventual desconhecimento da origem dos bens deveria ser comprovado pela Defesa não constitui inversão do ônus da prova. Precedentes.

2. Para a incidência da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 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.

3. Ordem denegada." (HC 421.829/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe de 27/06/2018, sem grifos no original).

"*CRIME COMETIDO NAS PROXIMIDADES DE ESCOLAS E IGREJAS. CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO INCISO III DO ARTIGO 40 DA LEI 11.343/2006. MAJORANTE DE NATUREZA OBJETIVA. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE QUE O TRÁFICO ERA PRATICADO NAS REFERIDAS INSTITUIÇÕES OU QUE OS ENTORPECENTES SE DESTINAVAM AOS SEUS FREQUENTADORES.*

1. A jurisprudência deste Sodalício firmou-se no sentido de que a causa de aumento prevista no inciso III do artigo 40 da Lei 11.343/2006 possui natureza objetiva, não sendo necessária a efetiva comprovação do tráfico nas entidades nela mencionadas, ou mesmo que o comércio proscrito destina-se a atingir os seus frequentadores, bastando que o crime tenha sido cometido em locais próximos a tais estabelecimentos, o que afasta a coação ilegal suscitada na impetração.

2. Na hipótese em apreço, a autoridade impetrada manteve a incidência da referida causa com base em laudo que atestou que o local dos fatos era próximo a 3 (três) igrejas e a 2 (duas) escolas, afastando-se, assim, a coação ilegal suscitada na impetração. [...]" (HC 443.828/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe de 20/06/2018, sem grifos no original.)

Passo, assim, a readequar a pena do Paciente.

Na primeira fase da dosimetria, mantenho a pena-base no mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes, bem como

atenuantes capazes de repercutir no cômputo da pena (Súmula 231/STJ), fica inalterada a reprimenda.

Na terceira etapa, mantenho o patamar de 1/6 (um sexto) de aumento da pena pelo art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006 e aplico a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas na fração de 3/5 (três quintos), razão pela qual a pena privativa de liberdade do Paciente fica quantificada definitivamente em **2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão,** e a pecuniária em **233 (duzentos e trinta e três) dias-multa, no valor mínimo legal**.

No tocante ao **regime prisional**, considerando a primariedade do Paciente, a fixação da pena-base no mínimo legal, o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, a não expressiva quantidade de drogas apreendidas e a pena definitivamente fixada – 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão –, o regime inicial de cumprimento de pena deve ser o **aberto**.

A propósito:

> "HABEAS CORPUS. *TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. MINORANTE DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI DE TÓXICOS APLICADA. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.*
>
> *1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal e as Súmulas n.os 440/STJ e 718 e 719/STF.*
>
> *2.* ***Fixada a pena-base do Paciente no mínimo legal, dada a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, considerada a sua primariedade e a inexistência de fundamentação concreta para a fixação do regime diverso do legal, não é possível infligir-lhe regime prisional mais gravoso.*** *Pelas mesmas razões e, tendo em vista a aplicação da minorante prevista no parágrafo 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, em seu patamar máximo, mostra-se socialmente recomendável a substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, sendo ilegal a negativa da substituição.*
>
> *3. Ordem de* habeas corpus *concedida para fixar o regime aberto como regime inicial para o cumprimento de pena e conceder a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, mediante condições que ficam a cargo do Juízo das Execuções Criminais.*" (HC 464.457/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA

TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 03/10/2018; sem grifos no original.)

"*PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO A TODOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO. CORRETA INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182/STJ. 2. PEDIDO DE CONCESSÃO DE* HABEAS CORPUS *DE OFÍCIO. INICIATIVA DO ÓRGÃO JULGADOR. 3. FIXAÇÃO DE REGIME FECHADO. INDEFERIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. FUNDAMENTOS GENÉRICOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 4. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.* [...]

3. A substituição da pena foi inviabilizada, de forma abstrata e vaga, em virtude do não preenchimento de requisitos subjetivos. De igual forma, o regime fechado foi fixado com fundamento no § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei 11.464/2007, o qual foi declarado inconstitucional pelo STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, afastando-se, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do CP. ***Dessa forma, diante da manifesta ausência de fundamentação concreta, bem como em virtude de o agravante ser primário, com pena-base fixada no mínimo legal, tendo sido inclusive beneficiado com a causa de redução da pena, a configurar o tráfico privilegiado, tem-se a possibilidade de fixação do regime aberto*** *e de substituição da pena privativa por restritivas de direitos.*

4. Agravo regimental a que se nega provimento. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais." (AgRg no AREsp 1.235.920/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 10/08/2018, sem grifos no original.)

Ante o exposto, CONCEDO, EM PARTE, A ORDEM de *habeas corpus* para reduzir a pena do Paciente para 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, além do pagamento de 233 (duzentos e trinta e três) dias-multa no mínimo legal, devendo o Juízo das Execuções Penais verificar a presença dos requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora