HABEAS CORPUS Nº 503.843 - SP (2019/0103021-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	LUCIENE DE AQUINO E OUTRO
ADVOGADOS	:	ARY BICUDO DE PAULA JUNIOR - SP051619
		LUCIENE DE AQUINO - SP082638
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ABRAHAM GUERRA GOMES GALHARDO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de ABRAHAM GUERRA GOMES GALHARDO no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Os autos dão conta de que o paciente foi denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, porque ele "*estaria trazendo consigo, para fins de difusão a terceiros consumidores, vinte e quatro porções da droga cocaína* [que, segundo mencionado na petição inicial do presente *habeas corpus*, teria peso equivalente a 10g – dez gramas], *sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar"* (e-STJ fl. 9).

Ao proferir a sentença, o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Taubaté/SP julgou improcedente a denúncia, absolvendo o paciente (e-STJ fls. 9/14).

Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, que lhe deu provimento para reformar a sentença e "*condenar ABRAHAM GUERRA GOMES GALHARDO,* [a] *5 (cinco) anos de reclusão no regime inicial fechado e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no piso, como incurso nas sanções do artigo 33, caput, da Lei 11.343/06"* (e-STJ fl. 29). Eis a ementa do mencionado acórdão (e-STJ fl. 16):

> *TRÁFICO — Absolvição por insuficiência de provas - Sentença reformada - Quadro probatório que se mostra seguro e coeso para evidenciar materialidade e autoria - Depoimento dos policiais coesos e com validade legal - Condenação de rigor - Pena fixada no mínimo - Redução de pena prevista pelo § 4º, artigo 33 da nova Lei - Impossibilidade - quantidade significativa*

> *de cocaína apreendida com o acusado, já fracionada para a entrega a terceiros, indicando que, apesar da primariedade, integra organização criminosa - Recurso ministerial provido.*

Os embargos de declaração opostos foram acolhidos "*tão somente para o fim de extrair do v. acórdão a parte em que contém 'foi fixada', contida no quinto parágrafo de fls. 220, em nada alterando a resolução condenatória"* (e-STJ fl. 39).

No presente *writ*, a defesa afirma ser evidente que "*o paciente, além de ser primário e possuir bons antecedentes criminais, não pertence ao crime organizado e nem faz parte de organização criminosa, portanto, faz jus a benesse de ver se lhe aplicado o aludido § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/2006, com a diminuição da reprimenda no máximo legal (2/3) finalizando-se a pena em 01 ano e 08 meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto (art. 33, § 2º, letra "c" do CP) E OPERADA A SUBSTITUIÇÃO DA RECLUSIVA EM RESTRITIVAS DE DIREITOS, conforme aduz o art. 44 e incisos do CP*" (e-STJ fl. 5).

Por isso, requer, inclusive liminarmente, que seja aplicado o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em seu grau máximo, qual seja, 2/3 (dois terços), bem como seja fixado o regime aberto para o início de cumprimento da pena e que a pena privativa de liberdade seja substituída por restritiva de direitos (e-STJ fls. 3/8).

A liminar foi parcialmente deferida (e-STJ fls. 48/51).

Informações prestadas às e-STJ fls. 55/96.

Os autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal, que se manifestou pela concessão da ordem de ofício (e-STJ fls. 98/104).

É, em síntese, o relatório.

De acordo com o aludido art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

A razão de ser do chamado tráfico privilegiado, de que trata o citado

dispositivo, consiste em punir com menor rigor o "traficante de primeira viagem", vale dizer, aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida.

A propósito, confira-se a seguinte lição:

> *Cuida-se de norma inédita, visando à redução da punição do* traficante de primeira viagem*, o que merece aplauso. Portanto, aquele que cometer o delito previsto no art. 33,* caput *ou § 1º, se for primário (indivíduo que não é reincidente), vale dizer, não cometeu outro delito, após ter sido definitivamente condenado anteriormente por crime anterior, no prazo de cinco anos, conforme arts. 63 e 64 do Código Penal) e tiver bons antecedentes (sujeito que não ostenta condenações definitivas anteriores), não se dedicando às atividades criminosas, nem integrando organização criminosa, pode valer-se da pena mais branda* (*in* Lei penais e processuais penais comentadas. Guilherme de Souza Nucci. 9 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 358-359).

No caso, o Tribunal local, reformando a sentença, afastou a causa de redução de pena, nos seguintes termos (e-STJ fls. 26/28):

> ***Na derradeira fase, à luz das peculiaridades do caso em tela, em que pese a primariedade do réu, é inegável que ante a expressiva grande quantidade de droga apreendida (vinte e quatro papelotes com peso líquido aproximado de dezesseis gramas), acondicionados em saquinhos pronto para a entrega imediata a terceiros, apreendidos em local conhecido pela existência do tráfico de entorpecentes, impedem a aplicação do redutor previsto no §4°, do artigo 33, da lei 11.343/06.***
>
> *Recentemente o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a elevada quantidade de droga pode ser um indicativo de participação do réu em organização criminosa, afastando a aplicaçao do §4°, do artigo 33, da Lei n° 11.343/06, mesmo em se tratando de réu primário, com bons antecedentes, como no caso ora em exame:*
>
> *(...)*
>
> *Portanto, ante a grande quantidade de drogas e os petrechos apreendidos, bem como as circunstâncias, há fortes indícios de que se dedicava à atividade criminosa, fazendo do tráfico seu meio de vida, nao fazendo jus à causa de diminuição prevista no §4°, do artigo 33, da Lei n° 11.343/06, ainda que o acusado não tenha antecedentes.* (Grifei)

Não se olvida da reiterada orientação desta Corte de que a quantidade e a natureza da droga, associadas ao contexto em que se deu a sua apreensão, podem evidenciar

a dedicação à atividade criminosa. Contudo, na espécie, entendo que a quantidade de entorpecente apreendida, **24 papelotes de cocaína, pesando aproximadamente 16g (dezesseis gramas)**, não se mostra suficiente para que se conclua pela dedicação do paciente à atividade criminosa ou que não se trata de traficante eventual, à míngua de outros elementos indicadores de tal situação, razão pela qual entendo que o paciente faz jus à minorante em análise, na fração máxima.

Assim, deve incidir a fração de 2/3 (dois terços), relativa à minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, na terceira fase da dosimetria.

A propósito, confiram-se:

> *PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PLEITO DE APLICAÇÃO DA REDUÇÃO DE PENA NO PATAMAR MÁXIMO (2/3). AFASTAMENTO, PELO ACÓRDÃO IMPUGNADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, PELO ACÓRDÃO IMPUGNADO, COM FUNDAMENTO NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. MANIFESTA ILEGALIDADE CONSTATADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.*
>
> [...].
>
> *V. In casu, há manifesto constrangimento ilegal, passível de concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.*
>
> *VI. O acórdão impugnado afastou o redutor - previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 e aplicado, pela sentença, no patamar máximo -, apenas ao fundamento de que o paciente possuiria personalidade afeita à prática de delitos, decorrente do fato de responder a outro processo, por tráfico de drogas - na verdade, por crime de porte, para consumo próprio -, com condenação não transitada em julgado, ilação que ofende o princípio da presunção de inocência e a Súmula 444/STJ, não podendo subsistir.*
>
> *VII.* ***Aplicável o redutor, previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, uma vez que o paciente preenche os requisitos contidos no referido dispositivo legal, já que é primário -***

ostentando apenas uma condenação criminal anterior, ainda não transitada em julgado, pela prática de crime de porte de droga, para consumo próprio -, não se dedica a atividades criminosas, nem integra organização criminosa, tal como constatado pelo Juízo de 1º Grau, que aplicou a referida causa de diminuição da pena, no grau máximo, devendo ser restabelecida, no ponto, a sentença condenatória, que fixou a pena definitiva do paciente em 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.

[...].

X. ***No caso, o paciente é primário, foi preso com 1,7 g de cocaína, a pena-base foi fixada no mínimo legal, sendo-lhe todas as condições judiciais favoráveis****, com pena definitiva fixada em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.*

XI. Habeas corpus não conhecido.

XII. Ordem concedida, de ofício, para fixar a sanção penal em 1 ano e 8 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, além do pagamento de 166 dias-multa, deferindo-se, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, a serem determinadas pelo Juízo da Execução, uma vez que já operado o trânsito em julgado. (HC 251.300/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 25/11/2013, grifei.)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICABILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

3. Segundo o art. 42 da Lei de Drogas, "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".

> ***4. No caso, ao contrário do firmado pelo Tribunal de origem, entende-se que a quantidade do entorpecente apreendido - 21 invólucros de maconha (40,5g) - não se mostra elevada, fazendo jus o paciente à aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, sobretudo quando considerada sua primariedade, bons antecedentes e a ausência, no caso concreto, de elementos indicativos de que integre organização criminosa ou de que se dedique à criminalidade.***
>
> [...].
>
> *7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n.*
>
> *11.343/06 no grau máximo (2/3), tornando a pena definitiva da paciente em 1 ano e 8 meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, mais o pagamento de 166 dias-multa, substituída, ainda, a sanção corporal por pena restritiva de direitos, a ser fixada pelo Juízo da execução.* (HC 356.882/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 03/08/2016, grifei.)

Passo, assim, à readequação da dosimetria da pena do delito de tráfico ilícito de drogas, mantendo os parâmetros adotados pela Corte de origem.

Na primeira fase, mantém-se a fixação da pena-base no mínimo legal em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na segunda etapa do cálculo, não houve nada a ser observado.

Na terceira fase, aplica-se a fração de 2/3 (dois terços), na forma do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, alcançando a sanção definitiva 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

No tocante ao regime prisional, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, por ofender a garantia constitucional de individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal). Afastou, dessa forma, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados.

Em tal contexto, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

Nesse tear, diante dos parâmetros acima, dada a quantidade de pena aplicada e ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixa-se o regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda.

Preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução Penal.

À vista de tais pressupostos, **concede-se a ordem para aplicar a fração máxima de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e, assim, reduzir a reprimenda para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, bem como para fixar o regime inicial aberto de cumprimento de pena e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem estipuladas pelo Juízo da Execução Penal**.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 10 de junho de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator