HABEAS CORPUS Nº 491.821 - SP (2019/0031683-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		FABRICIO DOS SANTOS OLIVEIRA - SP419524
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	CARLOS ALBERTO DE MELO JUNIOR (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de CARLOS ALBERTO DE MELO JUNIOR no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 166 dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista que, juntamente com outros acusados, foi surpreendido na posse de **39 invólucros plásticos contendo 50g (cinquenta gramas) de maconha** (e-STJ fls. 24/30).

Interposta apelação pelas partes, os desembargadores da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça negaram provimento ao recurso defensivo e proveram, em parte, a insurgência do Ministério Público estadual a fim de afastar o redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e, por consequência, elevar a pena do acusado para 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa (e-STJ fls. 31/42).

Recebeu o acórdão esta ementa (e-STJ fl. 32):

> *TRÁFICO DE ENTORPECENTES. Configuração. Materialidade e autoria demonstradas. Depoimentos dos policiais civis em harmonia com o conjunto probatório. Negativas dos réus isoladas. Apreensão de razoável quantidade de entorpecente (39 porções de maconha, com peso líquido de 50 gramas) Desclassificação da conduta para o crime do artigo 28 da Lei de Drogas. Impossibilidade Condenação mantida.*
>
> *PENAS e REGIME PRISIONAL. Penas redimensionadas. Bases nos mínimos legais (Carlos). Penas-base acima do patamar em razão dos maus antecedentes (Marcelo). Reincidência (Marcelo). Duas condenações. Acréscimo na fração de 1/5.*

> *Proporcionalidade e razoabilidade. Pretensão de reconhecimento de atenuante inominada (Marcelo). Impossibilidade. Orientação pacificada nos Tribunais Negativa do redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (Marcelo). Réu reincidente. Exclusão do redutor do § 4º, do artigo 33, da Lei n. 11.343/06 (Carlos) Regime inicial fechado. Necessidade Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (CP, art. 44, I e II) Perdimento de valores em favor da União Apelos defensivos desprovidos. Recurso ministerial parcialmente acolhido para exasperar as penas.*

Neste *writ*, a Defensoria Pública aponta constrangimento ilegal decorrente do não reconhecimento do tráfico privilegiado e da imposição do regime mais severo para início de cumprimento da sanção.

Sustenta que, apesar de o paciente ser primário e não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, a minorante foi decotada com fundamento na quantidade da droga apreendida, elemento que deve ser apreciado na primeira fase do cálculo dosimétrico.

Ressalta, assim, que o pretendido redutor deve ser aplicado na fração de 2/3 por estarem presentes todos os requisitos exigidos para a sua concessão.

Assevera que, com a concessão da benesse, deve o regime prisional ser alterado para o aberto, bem como substituída a pena privativa de liberdade por outras alternativas.

Alega ausência de fundamentos idôneos para a fixação do regime inicialmente fechado de cumprimento da sanção e invoca as Súmulas n. 718 e 719 do STF e 440 do STJ.

Dessa forma, requer, liminarmente e no mérito, a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em seu grau máximo, com a alteração do regime prisional para o aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por outras restritivas de direitos (e-STJ fls. 3/17).

O pedido liminar foi deferido, em menor extensão, para que o paciente pudesse aguardar no regime aberto o julgamento deste *habeas corpus* (e-STJ fls. 53/56).

Os autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal, que se manifestou pela não concessão da ordem (e-STJ fls. 62/68).

É, em síntese, o relatório.

Objetiva a defesa, primeiramente, a aplicação da minorante na fração máxima, sob o argumento de estarem preenchidos todos os requisitos exigidos para a sua concessão, além de a quantidade de droga apreendida não interferir no seu cálculo, visto que tal elemento deve ser apreciado na primeira fase da dosimetria.

Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

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 às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Na hipótese, o Tribunal de Justiça, ao dar parcial provimento ao apelo ministerial, assim se manifestou (e-STJ fl. 40):

> *Por outro prisma, concessa venia, com razão o Ministério Público em seu apelo para afastar o redutor aplicado a Carlos, porquanto os requisitos legais, restritivos e cumulativos, da benesse não são a "quantidade ou a qualidade" das drogas (circunstâncias que devem ser consideradas somente na fase da fixação das penas-base vide art. 42 da Lei 11.343/06), mas sim a avaliação, com base nas provas, se o acusado é "primário", "de bons antecedentes", "não integre organização criminosa" e "não está envolvido com atividades criminosas" (§ 4º, segunda parte, do art. 33 da Lei 11.343/06).*
>
> *Nesta ação penal, com clareza solar, Carlos "está envolvido com atividades criminosas" porque, na companhia de Marcelo, trazia consigo e guardava, em local conhecido como ponto de venda de drogas (conforme depoimentos dos policiais civis fls. 195/196), 39 porções de maconha, com peso líquido de 50 gramas (laudo de fls. 138/140), circunstâncias concretas que, no mínimo, levam à conclusão de que, com habitualidade, recebe os entorpecentes*

> *(mediante compra ou consignação) do grande traficante para, na sequência, comerciá-los no varejo em porções. Afinal, 'ponto de tráfico' significa 'ponto de comércio ilícito' que entre suas medulares características estão o 'meio de vida à margem da legalidade', a 'organização e prevenção contra a atuação das autoridades de polícia', a 'disputa clandestina do sítio utilizado na atividade' e a 'freguesia viciada'. Ademais, não se olvide que a benesse tem natureza excepcional e não regra geral e assim deve ser tratada, sob pena de indevido esvaziamento das sanções em abstrato com inadas para o delito de tráfico de entorpecentes tipificado no caput, aliás, ainda equiparado a hediondo (STF HC nº 122594/SP Primeira Turma Rel. Ministra Rosa Weber J. 23.09.2014 Dje 07.10.2014; STJ - AgRg no AREsp 359220/MG Sexta Turma Rel. Maria Thereza de Assis Moura J. 03.09.2013 DJe 17.09.2013; TJSP Apelação nº 0027092-46.2013.8.26.0050 15ª Câmara de Direito Criminal Relator J. Martins J. 08.05.2014).*

Não se olvida, outrossim, 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 prática do tráfico ilícito de entorpecentes.

Contudo, na espécie, entendo que a quantidade encontrada em poder do paciente (**50g de maconha**), à míngua de outros elementos indicadores de tal situação, não justifica o afastamento do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS.* [...] *PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. MACONHA (40G), COCAÍNA (23G). ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. FRAÇÃO MÁXIMA. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.*
>
> [...]
>
> ***2. Considerando que a Paciente preenche todos os requisitos necessários à aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, e tendo em vista a quantidade da droga apreendida - 23g de cocaína e 40g de maconha -, deve ser aplicado o redutor no seu patamar máximo, qual seja, 2/3 (dois terços), atendendo-se à proporcionalidade necessária e suficiente para a reprovação do crime.***
>
> [...]
>
> *4. Fixada a pena-base da 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.

5. Prisão domiciliar revogada em virtude do trânsito em julgado da condenação. Ordem de habeas corpus concedida para reduzir as penas para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, fixar o regime aberto como regime inicial para o cumprimento de pena e conceder a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, que deverão ser escolhidas pelo Juízo das Execuções Criminais (HC 486.419/SP, relatora Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 11/03/2019, grifei).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. CONCESSÃO DA MINORANTE NA FRAÇÃO MÁXIMA. APESAR DA ALEGAÇÃO DA NOCIVIDADE DE UM DOS ENTORPECENTES, A QUANTIDADE INEXPRESSIVA DAS DROGAS APREENDIDAS JUSTIFICA O ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. 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).

2. No caso em apreço, o regime intermediário foi estabelecido com fulcro na quantidade das drogas apreendidas e na nocividade de um dos entorpecentes.

3. Não se olvida, outrossim, 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 prática do tráfico ilícito de entorpecentes. Contudo, na espécie, entendo que, apesar da alegação de nocividade dos entorpecentes, a quantidade de droga apreendida (28g de maconha e 17g de crack) não foi significativa.

4. Sob tal perspectiva, dada a quantidade de pena aplicada (1

> ***ano e 8 meses de reclusão), fixada a pena-base no mínimo legal e concedida a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 2/3 (dois terços)****, mostra-se cabível a alteração do regime prisional para o aberto.*
>
> *5. Preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, impõe-se a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução Penal.*
>
> *6. Agravo regimental a que se nega provimento* (AgRg no HC 464.566/SC, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 13/11/2018, grifei).

Passo, assim, à readequação do cálculo da pena, mantendo os parâmetros adotados na origem.

Na primeira fase, mantenho a reprimenda em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na segunda etapa, a sanção permanece inalterada.

Na fase derradeira, reduzo a pena na fração de **2/3, o que torna a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, mais 166 dias-multa.**

Diante do novo *quantum* da reprimenda, fixada a pena-base no mínimo legal, em face da análise favorável das circunstâncias judiciais e concedida a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima, entendo que o paciente faz jus ao regime inicialmente aberto para cumprimento da reprimenda, bem assim à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, já que estão preenchidos os requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal.

Ante o exposto, **concedo a ordem de *habeas corpus* a fim de reconhecer a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima de 2/3 e reduzir a reprimenda do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão, mais 166 dias-multa, além de alterar o regime inicial de cumprimento da sanção para o aberto e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, que deverão ser estipuladas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 10 de junho de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator