HABEAS CORPUS Nº 508.629 - SP (2019/0127510-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		LUCAS SOARES E SILVA - MS021528
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	DANILO SERAFIM BRITO CLEMENTINO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **DANILO SERAFIM BRITO CLEMENTINO**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi absolvido da imputação que lhe foi feita como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem deu provimento ao apelo ministerial para condenar o réu pela prática do delito de tráfico de drogas, fixando a sanção penal em 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no regime inicial fechado.

Neste *writ*, alega o impetrante que o paciente faz jus à minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, na fração máxima, tendo em vista que é primário, não ostenta maus antecedentes, assim como não ficou comprovado nos autos que se dedica à prática de atividades criminosas, nem tampouco que integra organização criminosa.

Assevera que "o redutor deixou de ser aplicado unicamente pelo fato de Danilo manter, nos limites da sua residência, a posse de modesta quantidade de substâncias." (e-STJ, fl. 6)

Sustenta a ausência de fundamentação idônea na fixação do regime inicial fechado.

Requer, assim, a aplicação da redutora do tráfico privilegiado, na fração de 2/3, a fixação do modo prisional semiaberto ou aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Liminar indeferida (e-STJ, fl. 49).

Foram prestadas informações (e-STJ, fls. 54-74, 76-78 e 80-110).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do presente *habeas corpus*, porém, pela concessão em parte da ordem de ofício, apenas para conferir ao paciente o direito de iniciar o cumprimento da pena no regime semiaberto. (e-STJ, fls. 112-117).

É o relatório.

Decido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem, de ofício.

O Tribunal de origem, ao prover o apelo da acusação, condenou o

paciente sob os seguintes fundamentos:

> ""DANILO SERAFIM BRITO CLEMENTINO foi absolvido pelo r. Juízo da 2ª Vara Judicial da Comarca de SÃO MANUEL, sentença da lavra da eminente Juíza de Direito Dra. Érika Regina Figueiredo, da imputação que lhe foi feita como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Le nº 11.343/06, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal (fls. 73/78).
> O apelado foi processado porque tinha em depósito, para entrega ao consumo de terceiras pessoas, **29 (vinte) porções de 'cocaína', na forma de 'crack', e 01 (um porção de 'maconha').**
> [...]
> O recurso é procedente.
> Com a devida vênia ao entendimento da ilustre Magistrada, o quadro probatório acostado aos autos delineia à sobejidão a responsabilidade criminal pelo delito irrogado ao acusado.
> **Policiais civis realizaram campana no palco dos acontecimentos, ponto alvo de denúncias anônimas como local de comércio ilícito de drogas, e testemunharam o apelado realizar conduta característica da narcotraficância, recebendo usuários e entregando-lhes algo após breve conversa e suposto pagamento.**
> Em frente à residência, o apelado foi abordado, mas consigo nada foi apreendido. **Franqueada a entrada a sua casa, o local foi examinado e, na garagem do imóvel, um dos policiais encontrou um maço de cigarros contendo as vinte e nove porções de cocaína em pedras de *crack*, pesando 2,85g. O policial ouvido em Juízo declinou ter encontrado a porção de maconha apreendida nos autos,pesando 1,13g.**
> O material apreendido foi devidamente periciado, constatando-se a presença de substâncias psicotrópicas de uso proscrito no Brasil listadas na Portaria 344/1998 SVS/MS (fls. 14/16 e 60/62), encerrando a conclusão sobre a materialidade delitiva. A autoria é inconteste e encontra arrimo nas palavras do agente da lei. O policial confirmou o teor da *notitia criminis*, corroborando a dinâmica fática da narrativa contida na exordial. Relatou, pormenorizadamente, a conduta do réu antes da abordagem e o encontro das drogas, operando-se o que a doutrina denomina 'certeza visual do crime'.
> Este é o pilar da tese acusatória, que sobressai à linha argumentativa projetada pela Defesa, escorada nos lacônicos protestos de inocência do réu e das testemunhas de defesa, antigas conhecidas do apelado. É que sob uma avaliação detida e crítica, as provas incriminatórias dão azo ao anelo acusatório. Silente na fase extrajudicial, em Juízo o réu negou a propriedade das drogas e disse que os policiais o perseguiam porque morava numa rua de 'biqueiras'. As testemunhas de defesa, uma vizinha de porta e uma antiga amiga, buscaram apor pecha à lisura dos policiais, dizendo que foram impedidas de acompanhar as diligências e que podiam ouvir os gritos e choro do acusado (fls. 82).
> Ora, data venia não se vislumbra razão plausível para que quatro ou cinco policiais, como afirmaram as testemunhas, maquinassem um embuste para o mero fim de incriminar um agente inocente, nenhum proveito tirando desse conluio injustificado.

Não se pode lançar ao oblívio o estranho relato de uma das testemunhas, que endossou a tese de flagrante forjado, dizendo que um dos policiais saiu da residência, recolheu uma sacola plástica de dentro da viatura e tornou ao domicílio do acusado, tudo para imputar-lhe a prática criminosa. E como bem asseverou o ilustre Procurador de Justiça ao elaborar um juízo crítico sobre a versão defensiva, 'além de canalhas, os policiais seriam estúpidos a ponto de brandir os entorpecentes que seriam usados na tramoia, numa expressão de regozijo pelo malfeito. Convenha-se que se de fato quisessem enredar levianamente o flagrado não precisariam lançar mão de estratégia tão abobalhada. Bastaria prendê-lo e apresentar a droga arranjada na delegacia, ou não?'. Não há nos autos nenhum elemento que identifique eventual animosidade específica dos agentes contra o acusado que os levasse a imputar falsa incriminação por delito tão grave a um agente inocente, de modo que nada conduz à trivial tese de defesa que defende a falta de lisura de tais testemunhos, largamente rechaçada pela jurisprudência. Quanto ao tema, impinge erigir a vetusta regra de julgamento pela qual a palavra de agentes públicos,quando isenta, não pode ser desacreditada somente em razão da função pública que exercem. É necessário o surgimento de dados com alguma veemência para derruir a presunção de veracidade desses testigos, sendo perfeitamente plausível a condenação baseada nos seus depoimentos, máxime quando corroborados por outros elementos de convicção, dentre eles, a prova indiciária. Afigurar-se-ia nítido contrassenso e manifesta insensatez o Estado-Juiz repudiar ou receber com reservas o relato de agente público especialmente designado para atuar na prevenção e repressão do crime quando chamado em Juízo, sob o crivo do contraditório, para prestar contas de sua atividade e pormenorizar as circunstâncias fáticas que permearam sua ação como servidor do Estado. É necessário, portanto, o afloramento de elementos concretos e evidentes de que estejam falseando a verdade para que sejam recebidos com especial cautela. Como qualquer elemento de prova, o testemunho prestado por policial é submetido ao crivo do contraditório judicial e deve ser apreciado pelo magistrado com a cautela dispensada às demais provas constantes do processo, para que, com base em todas, forme sua convicção e fundamentadamente exponha as razões de sua decisão. Não por outro motivo o Código de Processo Penal consagra, em seu art. 155, *caput*, o princípio da persuasão racional ou livre convencimento motivado. A cognição, pois, conduz à inarredável conclusão pela prática do tráfico de drogas tal como narrado na preambular acusatória. Outro motivo não havia para que o apelado, que sustentou não ser viciado nem fazer uso de drogas, mantivesse os entorpecentes embalados, prontos para a venda e com as características típicas da comercialização promovida pelo tráfico, senão o de propiciar sua difusão entre os usuários que recorriam ao local para o sustento do vício infausto, o que, como registrado, confirma o teor da denúncia anônima reportada aos policiais civis. É, pois, do cotejo analítico das provas dos autos que se reconhece a procedência da imputação patrocinada na exordial acusatória, de forma se reformada a r. sentença vergastada para condenar DANILO

SERAFIM BRITO CLEMENTINO, como incurso no crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06. Passa-se à dosimetria das penas.

Na primeira etapa, à luz dos preceitos norteadores do art. 42 da Lei de Drogas, embora nefasta a natureza do entorpecente, a pouca quantidade não sobressai como circunstância judicial desfavorável a ensejar o recrudescimento das penas, de modo a ser mantida a pena-base no piso, em 05 (cinco) anos de reclusão, mais 500 (quinhentos) dias-multa. Na segunda fase, não incidem agravantes ou atenuantes.

Na derradeira etapa, **o réu não faz jus à minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. O agente para ser beneficiado com a redução precisa, necessariamente, ter passado sem nódoa, ou seja, não ostentar maus antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa**. É beneficio destinado ao traficante novato, neófito ou 'de primeira viagem' nas palavras de GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Leis Penais Especiais, RT, 2ª edição, 2007, p. 330). E, **na espécie, as circunstâncias concretas da empreitada criminosa, a quantidade de porções apreendida, a natureza (*crack*), o testemunho da comercialização a diversos usuários e a delação realizada indicam que o acusado se dedicava ao comércio espúrio e espargem fundados indícios do patrocínio por organização criminosa voltada ao tráfico de entorpecentes**. Assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal: “Na espécie, os fatos que ensejaram a não aplicação da causa de diminuição prevista na nova Lei de Tóxicos (quantidade da droga e forma de acondicionamento) são hígidos e suficientes para atestar a dedicação do Recorrente às atividades criminosas. 3. A conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas.” (RHC 94806/PR Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe 16-04-2010). Por tais razões, as penas estabilizam-se em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.A pena pecuniária, considerando as forças financeiras do apelado, deve ser fixada no mínimo legal.

O regime para o resgate inicial da pena privativa de liberdade deve ser o fechado. Ora, a narcotraficância expõe toda a sociedade a perigo iminente,pois este é móvel encorajador de celerados para o cometimento de outros crimes gravíssimos, infrações que geram inequívoca comoção social. O dinheiro advindo do tráfico é combustível para patrocinar interesses de diversos outros grupos criminosos.Deste modo, o tráfico combatido com mãofrouxa incute enorme sentimento de descrédito no Poder Judiciário. Nos dias atuais, a obstinação e a audácia de delinquentes disseminadores do vício no seio da sociedade merecem repressão mais severa. Trata-se, ademais, como sobredito, de agente que comercializava entorpecente de natureza sobremaneira nociva e propulsora de infestas consequências sociais.E se incumbe ao órgão investido de ofício judicante a apreciação da hipótese para cotejá-la com os comandos normativos estatuídos pela

> Lei e pelos princípios norteadores das diversas disciplinas legais, não há como reconhecer a presença do elemento subjetivo autorizativo do regime mais benéfico, até porque em consonância com a previsão expressa da legislação ordinária, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos.O quantum de pena aplicado obsta o preenchimento do requisito objetivo autorizador da substituição penal, sendo prescindível, portanto, a imersão na candente discussão doutrinária e jurisprudencial que torneia a matéria, anotando-se que a regência prisional imposta, ademais, é incompatível com o benefício. Diante do exposto, pelo meu voto, dá-se provimento ao recurso ministerial para condenar DANILO SERAFIM BRITO CLEMENTINO, qualificado a fls. 18/20,como incurso no crime previsto no art. 33,caput, da Lei nº 11.343/06, às penas de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, e o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, com a diária no piso." (e-STJ, fls. 37-44)

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, **ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade**, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria.

A teor 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 um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

Segundo se infere, a instância ordinária deixou de aplicar a minorante por entender que "as circunstâncias concretas da empreitada criminosa, a quantidade de porções apreendida, a natureza (crack), o testemunho da comercialização a diversos usuários e a delação realizada indicam que o acusado se dedicava ao comércio espúrio e espargem fundados indícios do patrocínio por organização criminosa voltada ao tráfico de entorpecentes." (e-STJ, fls. 42-43

Todavia, da leitura atenta do acórdão impugnado, observa-se que as denúncias anônimas recebidas pela polícia a respeito do envolvimento do paciente com o narcotráfico não foram corroboradas em juízo, mediante o contraditório e a ampla defesa. Do mesmo modo, verifica-se que as circunstâncias fáticas do delito são normais à espécie e não indicam ser o paciente integrante de organização criminosa.

Dessa forma, certificada a primariedade do réu e seus bons antecedentes, e sendo ínfima a quantidade de droga apreendida (**2,85g de crack e 1,13g de maconha**), tem-se a hipótese de aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração máxima (2/3).

Nesse sentido:

> "REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA. POSSIBILIDADE.

> 1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação da reprimenda, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, e, especialmente, a natureza e a quantidade de droga, a teor do disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006.
> 2. Ainda que o *crack* tenha um alto poder de lesividade, a inexpressiva quantidade de tóxicos apreendidos, aliados à favorabilidade das outras circunstâncias judiciais, recomenda a aplicação da causa de diminuição em seu grau máximo, ou seja, 2/3 (dois terços).
> 3. Agravo regimental desprovido."
> (AgRg no AREsp 1.044.533/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/4/2017, DJe 5/5/2017);
>
> "PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 NO PATAMAR MÁXIMO. QUANTIDADE DE DROGA INEXPRESSIVA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS A DEMONSTRAR QUE A PACIENTE NÃO SEJA PEQUENA TRAFICANTE. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO E NA QUANTIDADE DE DROGA. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. PRIMARIEDADE E MONTANTE DA PENA QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL ABERTO.
> 1. De acordo com o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de um sexto a dois terços da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.
> 2. Na hipótese dos autos, a Corte *a quo*, embora tenha reconhecido a primariedade da paciente, a ausência de maus antecedentes e evidências de que integrasse organização criminosa, reformou a sentença, aplicando o supracitado redutor na fração mínima, com base na quantidade da droga apreendida, concluindo não se tratar de pequeno traficante. Contudo, a quantidade de entorpecente apreendida, 17 porções de cocaína, não se mostra suficiente para se chegar a tal conclusão, à míngua de elementos concretos.
> [...]
> 5. Agravo regimental desprovido."
> (AgRg no HC 381.399/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 25/4/2017, DJe 8/5/2017).

Passo, assim, a readequação da pena.

A pena-base pelo delito de tráfico foi estabelecida em 5 anos de reclusão mais 500 dias-multa. Na segunda fase, a pena mantém-se inalterada, tendo em vista a ausência de circunstâncias modificadoras. Na última etapa, preenchidos os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, diminuo-as em 2/3, resultando definitiva em **1 ano e**

8 meses de reclusão mais 166 dias-multa.

O regime prisional também merece alteração.

Estabelecida a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, diante da primariedade do réu e da análise favorável das circunstâncias judiciais, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.

Confira:

> "*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO. ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> [...]
> 2. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal – CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo, de acordo com o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. *In casu*, em razão da primariedade do paciente, do *quantum* de pena aplicado, inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, *"c"*, do CP), da inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP), bem como da fixação da pena-base no mínimo legal, o regime a ser imposto deve ser o aberto. Precedentes.
> 3. A quantidade e/ou natureza dos entorpecentes é fundamentação idônea para justificar a vedação da substituição da pena por medidas restritivas de direitos, de acordo com o disposto no inciso III do art. 44, do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.
> Na hipótese, constata-se que, o Tribunal *a quo* fundamentou a vedação da substituição da pena por restritiva de diretos com base na gravidade concreta do delito, revelada pela variedade de drogas apreendidas.
> *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, ratificando a liminar anteriormente deferida, fixar o regime inicial aberto para cumprimento de pena."
> (HC 379.637/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/2/2017, DJe 24/2/2017).

Pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente e circunstâncias judiciais favoráveis), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução, valendo-se anotar que esta Corte e o Supremo Tribunal Federal entendem que não existe óbice na Lei de Drogas para a concessão do citado benefício, quando preenchidos os requisitos

legais do art. 44 do Código Penal.

Cito, a propósito:

> "[...]
> 3. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.
> 4. Com base no julgamento do HC 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.
> 5. Hipótese em que a sentença, mantida pelo acórdão que julgou a apelação, referiu-se apenas à gravidade abstrata do tráfico de drogas para fixar o regime inicial fechado e negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.
> 6. O *quantum* da condenação (1 ano e 8 meses), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem à paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea "c", do CP, além da substituição por restritiva de direitos.
> 7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais."
> (HC 377.765/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 6/6/2017, DJe 13/6/2017).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus.* Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a pena definitiva do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão mais 166 dias-multa, bem como para estabelecer o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 13 de junho de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator