HABEAS CORPUS Nº 501.873 - SP (2019/0092506-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO LUCAS PAMPANA BASOLI - SP263943
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	BRYAN HERBERT PHILOMENO DE SOUZA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **BRYAN HERBERT PHILOMENO DE SOUZA** em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Colhe-se dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente à pena privativa de liberdade de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime semiaberto, como incurso no art. 33, *caput* c/c § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

O Tribunal de origem deu provimento ao apelo ministerial para afastar a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas e condenar o paciente à pena privativa de liberdade de 5 anos de reclusão, em regime fechado.

Neste *writ*, o impetrante sustenta, em síntese, que: **a)** estão presentes os requisitos legais os quais autorizam a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de drogas, pois "o paciente é primário e de bons antecedentes" (e-STJ, fl. 8); **b)** "não há qualquer cabimento se imaginar que se dedique a atividade ilícita ou organização criminosa" (e-STJ, fl. 8); **c)** há ofensa ao disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, assim como na Súmula 440 do STJ.

Requer, assim, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Liminar indeferida (e-STJ, fl. 36).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 41-48).

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, afastou a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sob os seguintes fundamentos:

> "Consta que, no dia 9 de março de 2018, por volta das 19h20min, na estrada municipal 1, continuação da Jacy T.B., na Cidade de Ocauçu, Comarca de Marília, Bryan trazia consigo, para posterior entrega a consumo de terceiros, **12 porções de maconha (peso líquido de 31,71**

gramas) e 28 porções de crack (peso líquido de 6,09 gramas), sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

O recurso de Bryan não merece acolhida, enquanto o recurso do Ministério Público deve ser provido.

A prova dos autos, inegavelmente, permitiu a condenação de Bryan.

[...]

O policial militar Alexandre Henrique Brichi narrou que estava em patrulhamento, quando avistou Bryan nas proximidades de um bar. Tentou abordá-lo, mas ele correu no sentido contrário ao da viatura. Correu atrás dele por dois ou três quarteirões, momento em que Bryan adentrou em um pasto.

Enquanto isso, seu parceiro que estava na viatura tentou cercá-lo pelo outro lado e pediu apoio de outra viatura. Quando Bryan percebeu que não conseguiria fugir, jogou uma sacola, a qual continha porções de maconha e crack. Indagado, ele nada disse. **Já tinha ouvido outros policiais e populares comentarem sobre o envolvimento de Bryan com o tráfico de drogas.**

Confirmou que o perseguiu pelo pasto, que não tinha iluminação, a uma distância de cerca de 50 metros. Quando ele percebeu que a viatura o cercaria pelo outro lado, jogou a sacola com as drogas.

No mesmo sentido, o depoimento do policial militar Fábio Henrique Ferreira da Silva. Ele acrescentou que já conhecia Bryan, uma vez que ele tinha passagem, quando adolescente, por ato infracional equiparado ao crime de tráfico de drogas. Além disso, **havia várias denúncias de que ele estivesse comercializando drogas.** Acredita que não houve a apreensão de dinheiro.

Bryan, interrogado na fase extrajudicial, disse ser inocente (fl. 7).

Em juízo, alegou que caminhava pela rua, na posse de duas porções de maconha para seu próprio consumo, quando policiais determinaram que parasse. Então, saiu correndo e entrou em um pasto, mas não conseguiu continuar e foi alcançado. O policial encontrou as duas porções, as quais acabara de comprar. Em seguida, os policiais foram até sua residência, mas nada foi localizado. Depois, foi levado para a delegacia de polícia e ficou na viatura, que estava estacionada no pátio. Em dado momento, outra viatura chegou e uma sacola foi jogada no banco da frente da viatura que estava. Os policiais disseram, então, que a sacola lhe pertencia. Contou tudo para o delegado. **Já foi pego em um ônibus, na condição de 'mula', pois tinha ido 'buscar uma droga'. Na época, era menor de idade.**

Como se vê, a prova dos autos está a inculpar Bryan.

Sobre a prova testemunhal, nada consta dos autos que permita a conclusão de que os agentes públicos tivessem motivo para alterar a verdade acerca dos fatos, merecendo seus depoimentos total credibilidade, conforme, a propósito, pacífico entendimento jurisprudencial dominante nos tribunais.

A propósito:

[...]

Querer fazer crer, eventualmente, que depoimentos de agentes públicos não serviriam para embasar uma decisão condenatória seria ilógico, porquanto inexistente qualquer circunstância provada nos autos que

justificasse um suposto interesse em prejudicar Bryan.

É que depoimentos colhidos em autos de processos valem, não só pela idoneidade das fontes de prova, mas, também, pela idoneidade dos próprios depoimentos, principalmente, como no caso em comento, em que não há nada a retirar a idoneidade das testemunhas ou mesmo dos seus depoimentos.

[...]

Nesse passo, impossível acoroçoar a tese defensiva no sentido de que Bryan seja mero usuário de droga, o que só pode ser entendido como tentativa de evitar sua responsabilização, ressaltando-se que ele estava na via pública com 40 porções de drogas, o que não condiz com a condição de usuário.

Outrossim, a defesa de Bryan não fez produzir qualquer prova idônea que fragilizasse a produzida a requerimento da acusação.

Assim, em que pese a negativa de Bryan, **em razão dos depoimentos seguros e coesos dos policiais militares, da apreensão de significativa quantidade de droga ilícita e das circunstâncias da apreensão (fuga, com alijando de drogas com a aproximação dos policiais) e a existência de 'denúncias' apontando que Bryan estava envolvido com o comércio espúrio, a condenação dele, pela prática do tráfico, era o desfecho natural da causa.**

E, reconhecido o crime de tráfico, não há falar em desclassificação para o delito de posse para consumo próprio, pois, ainda que comprovado por perícia técnica o uso ou o vício, não estaria afastada a responsabilidade pelo crime mais grave, isso porque uma conduta não exclui a outra. Na verdade, é comum entre usuários e viciados em drogas o tráfico como forma de viabilizar o sustento do uso ou vício.

No que concerne à dosimetria da pena, há reparos a fazer.

No primeiro momento, o juízo sentenciante fixou a pena-base no patamar mínimo, mantendo-a assim no segundo momento, o que não merece reparo. Já no terceiro momento, a sanção foi diminuída em 2/3 (dois terços), em razão do benefício previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, o que merece ser afastado, tendo em vista **as circunstâncias da apreensão das drogas e os elementos probatórios coligidos aos autos, a demonstrar o envolvimento não ocasional de Bryan com o espúrio comércio.**

Isso porque, como se sabe, a *mens legis* ao instituir a redução do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 foi beneficiar o criminoso ocasional, que agiu de modo excepcional, não sendo este o caso dos autos, pois, conforme os relatos dos policiais militares, Bryan já era conhecido por atuar no tráfico desde a adolescência, havendo 'denúncias' atuais de que estivesse envolvido com o comércio espúrio. Ele próprio admitiu, em seu interrogatório, que já tinha sido flagrado na condição de 'mula', quando tinha ido buscar drogas, permitindo concluir tratar-se de cidadão dedicado à atividade criminosa, ensejando o afastamento do referido redutor.

Assim, a pena é tornada definitiva em 5 (cinco) anos de reclusão.

Obedecendo ao mesmo raciocínio acima explicitado, fixa-se a pena de multa em 500 (quinhentos) dias-multa, no mínimo legal.

Quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, de rigor a fixação

> do fechado. Isso porque o crime cometido, além de atingir o bem jurídico tutelado pelo legislador, contribui para a prática de inúmeros outros ilícitos penais, tão ou mais graves que o agora imputado, como é notório.
> Aliás, o tráfico permite que marginais dados à prática de crimes contra o patrimônio, pelo uso de drogas ilícitas, adquiram 'coragem' para as empreitadas criminosas. Também o espúrio comércio faz campear a corrupção de agentes públicos, para permitir a continuidade dessas práticas delituosas. Não há como olvidar, ainda, das consequências dessa danosa conduta, a formar multidões de dependentes de drogas ilícitas, que causam a desagregação familiar. Igualmente como consequência do tráfico, tem-se a queda da produtividade do cidadão e a dependência do sistema público de saúde, já tão deficiente. E ninguém deve almejar um planeta de viciados. Frise- se que a imposição de regime mais brando acabaria gerando um incentivo à prática do comércio ilegal, causando na sociedade a sensação de impunidade daquele que do tráfico faz seu meio de vida. Por todos esses motivos, fixa-se o regime inicial fechado, não havendo se falar em aplicação do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal. Bryan foi preso em março de 2018, de modo que sequer cumpriu os necessários 2/5 de pena para a progressão.
> Também pelos mesmos motivos e não se olvidando do quantum da sanção fixada, não há se cogitar em substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, por tratar-se de grave crime de tráfico, ante a tamanha perniciosidade da prática criminosa que, como uma grave doença, corrói a sociedade e, atualmente, somente se equipara à corrupção, que, igualmente, sérias sequelas traz ao país.
> [...]
> Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso de Bryan Herbert Philomeno de Souza e dá-se provimento ao recurso do Ministério Público, para afastar a redução de pena do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, readequando as reprimendas para 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no mínimo legal, bem como para fixar o regime inicial fechado, mantida, no mais, a r. sentença recorrida pelos próprios e jurídicos fundamentos." (e-STJ, fls. 25-32)

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 "tendo em vista as circunstâncias da apreensão das drogas e os elementos probatórios coligidos aos autos, a demonstrar o envolvimento não ocasional de Bryan com o espúrio

comércio." (e-STJ, 29)

Todavia, da leitura atenta do acórdão impugnado, observa-se que as denúncias 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 (**31,71 gramas de maconha e 6,09 gramas de *crack***), 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), 17 de junho de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator