

**HABEAS CORPUS Nº 522.205 - SP (2019/0210184-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : HAMILTON NETO FUNCHAL - MG114541  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : MANOEL DE SOUZA BASTOS (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de MANOEL DE SOUZA BASTOS, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao apelo da defesa por acórdão assim ementado (fl. 82):

APELAÇÃO CRIMINAL PRETENSÕES MINISTERIAIS DE AFASTAMENTO DO REDUTOR DA LEI DE DROGAS, OU DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÍNIMA COMINADA; DE ESTABELECIMENTO DO REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO; DE AFASTAMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

EM PROL DO ACUSADO, PLEITO PRELIMINAR DEFENSIVO DE NULIDADE DO PROCESSO POR PRODUÇÃO DE PROVA ILÍCITA. NO MÉRITO, ALEGAÇÃO DE QUE ELE DEVE SER ABSOLVIDO POR AUSÊNCIA DE PROVAS A INCRIMINÁ-LO.

TESES SUPLETIVAS DE DESCLASSIFICAÇÃO DA SUA CONDUTA PARA A FORMA DO ART. 28, DA LEI DE DROGAS, COM CONSEQUENTE ABSOLVIÇÃO, POR ATIPICIDADE DA SUA CONDUTA, POR SER INCONSTITUCIONAL A CRIMINALIZAÇÃO DA AQUISIÇÃO DE ENTORPECENTE PARA USO PRÓPRIO; SE MANTIDA A CONDENAÇÃO, DE REDUÇÃO DAS PENAS BÁSICAS AOS PATAMARES MÍNIMOS; DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33 §4º, DA LEI ESPECIAL, EM SEU GRAU MÁXIMO; DE ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL ABERTO.

CONDENAÇÃO ESTRIBADA NO ART. 33, CAPUT E §4º, DA LEI 11.343/06.

QUESTÃO PRELIMINAR REJEITADA POR FALTA DE AMPARO LEGAL.

CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO A INCRIMINAR O IMPUTADO NA FORMA RECEPCIONADA NO ÉDITO MONOCRÁTICO.

SITUAÇÃO A ENSEJAR, TODAVIA, O AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NA LEI DE DROGAS E DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS, E O ESTABELECIMENTO DO REGIME PRISIONAL

# Superior Tribunal de Justiça

INICIAL FECHADO, NOS TERMOS PRETENDIDOS PELO PARQUET.

TESES DEFENSIVAS QUE NÃO VINGAM, POR FALTA DE AMPARO LEGAL.

Recurso defensivo desprovido e ministerial provido, com determinações.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 anos e 11 meses de reclusão em regime inicial aberto pela prática descrita no art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei n. 11.343/2006. A reprimenda foi substituída por 2 penas restritivas de direitos.

Interposta apelação, foi dado parcial provimento ao apelo ministerial para afastar a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, redimensionando a pena para 5 anos e 10 meses de reclusão em regime inicial fechado.

A impetrante requer, em liminar, que o paciente aguarde o julgamento do presente *writ* em liberdade. No mérito, busca a fixação da pena-base no mínimo legal, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em seu patamar máximo e a fixação do regime inicial aberto com a substituição por penas restritivas de direitos.

Indeferida a liminar e, prestadas as informações, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem.

É o relatório.

DECIDO.

Conforme relatado, a impetrante requer a fixação da pena-base no mínimo legal, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em seu patamar máximo e a fixação do regime inicial aberto com a substituição por penas restritivas de direitos.

O Tribunal *a quo*, ao reformar a sentença, assim dispôs quanto à dosimetria da pena (fls. 98/100):

De outra banda, as penas aplicadas no caso concreto ensejam modificação.

Por primeiro, **verifica-se que a apreensão de 19 porções de duas drogas distintas, que poderiam, portanto, atingir quase duas dezenas de usuários, com os seus efeitos devastadores bem conhecidos, notadamente os da cocaína, diante do seu acentuado poder viciante, bem denota as graves consequências do crime recepcionado, e o maior grau de reprovabilidade na conduta do acusado, daí porque se mostra correta a majoração de 1/6 aplicada sobre as penas básicas**, fração compatível com a quantidade de porções e com a natureza de seu conteúdo, em observância ao teor do artigo 42, da Lei 11.343/06, mostrando-se descabida, portanto, a alegação defensiva de que as circunstâncias consideradas na r. sentença para fundamentar a majoração das penas básicas confundem-se com as elementares do tipo penal em tela, pois, se assim fosse, não haveria razão

para o legislador estabelecer os patamares mínimos e máximos em seu preceito secundário.

Razão assiste ao Parquet, ainda, quanto a dever ser afastada a aplicação do redutor do § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, que, a rigor, não constitui direito subjetivo do acusado, mas possibilidade condicionada a satisfação cumulativa de exigências, o que não se observa no caso presente, **não sendo cabível esse benefício a quem sequer demonstrou exercer o narcotráfico de forma ocasional, e em pequena monta, vez que foi ele surpreendido, repita-se, em sua casa, local que foi precisamente indicado na denúncia anônima como ponto de venda drogas, sendo identificado com igual precisão, na posse de 19 porções de dois tóxicos distintos, sem que tenha feito, contudo, provas concretas quanto ao exercício de atividade laborativa lícita, salientando-se que, bem ao contrário, o policial Willian deixou claro que o réu já havia sido abordado em outras oportunidades, também por suspeita da prática do comércio de drogas, mas sempre liberado por possuir somente quantia de dinheiro, embora sempre composta por notas de pequeno valor, como sempre se verifica na prática de crimes dessa natureza, tudo a indicar, pois, que se dedicava intensamente ao comércio espúrio**, tal como admitiu informalmente aos policiais que o prenderam, dele fazendo seu meio de vida, o que enseja a não aplicação do redutor em questão, por não preencher ele o terceiro requisito necessário do aludido dispositivo legal.

**Demais, não se pode olvidar que o apelante, no ano de 2014, especificamente nos dias 25 de janeiro e 16 de fevereiro, ou seja, em menos de um mês, foi surpreendido duas vezes na posse de entorpecentes para seu consumo e beneficiado, em ambas as oportunidades, com a concessão de transação penal, nos termos do art. 76, da Lei nº 9.099/95, como dão conta as certidões de fls. 153 e 154, relativas aos processos nºs 0003729-43.2014.8.26.0196 e 0004969-67.2014.8.26.0196, fato que, embora não constitua maus antecedentes, nem reincidência, a teor do disposto no §4º, do mesmo dispositivo legal, não deixa de corroborar a afirmação do policial Willian, em Pretório, de que há muito o réu registrava envolvimento com drogas, e que o fato em tela não constituiu o episódio isolado que ele quis demonstrar em seu interrogatório judicial, alegando nunca antes ter adentrado a uma Delegacia.**

Ressalte-se, por oportuno, que a majoração das penas básicas, pela aplicação do disposto no art. 42, da Lei de Tóxicos, em nada se coaduna com o afastamento do referido redutor, tratando-se a primeira de análise de incidência de causa de agravamento de penas, e a segunda de ausência de preenchimento de pressupostos ensejadores de benefício, daí porque não há que se falar de incidência de bis in idem, mormente quando a quantidade de drogas apreendida é apenas o principal elemento norteador do exame.

Nessa esteira é o entendimento jurisprudencial: -

[...]

Nesses termos, afastada a aplicação do mencionado redutor, ficam as sanções finais estabelecidas em cinco anos e dez meses de reclusão, mais o pagamento de quinhentos e oitenta e três dias-multa, valorados como no r.

decisum.

[...].

Quanto ao aumento da pena-base, observo que foi exasperada em 10 meses acima do mínimo legal, tendo em vista a quantidade da droga apreendida, 34,172g de maconha e 1,163g de cocaína (fl. 24).

Entende esta Sexta Turma, no entanto, que ausentes circunstâncias adicionais (inserção em grupo criminoso de maior risco social, atuação armada, envolvendo menores ou com instrumentos de refino da droga, etc.), a não relevante quantidade de maconha, cocaína ou crack exige revisão a necessidade de abrandamento da reprimenda ou do regime. Na espécie, as porções de 34,172g de maconha e 1,163g de cocaína, demonstram ser quantidade não reveladora de anormal gravidade. A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL MINISTERIAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE NÃO RELEVANTE. VALORAÇÃO AFASTADA. ANTECEDENTE MUITO ANTIGO. DIREITO AO ESQUECIMENTO. DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. APLICADA A OPÇÃO MAIS BENÉFICA. REGIMENTAL IMPROVIDO.

**1. A não relevante quantidade de droga - 4,58g de maconha, 5,6g de crack, e 8,3g de cocaína -, desassociada de circunstâncias adicionais (inserção em grupo criminoso de maior risco social, atuação armada, envolvendo menores ou com instrumentos de refino da droga, etc.), não justifica a exasperação da pena-base, por inexistente anormal gravidade.**

2. Constatado o decurso de grande período de tempo, como no caso dos autos - mais de 14 anos do cumprimento da condenação anterior -, tem a Sexta Turma mitigado os efeitos das sentenças condenatórias anteriores, para o fim de reconhecimento de maus antecedentes, ensejando o direito ao esquecimento. Precedentes.

3. Reconhecida a ausência de fundamentação para aplicação de duas restritivas de direitos, hipótese mais gravosa prevista no § 2º do art. 44 do CP, foi concedida a opção mais benéfica - uma restritiva de direitos mais multa, a ser definida pelo Juízo de origem.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 468.970/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 28/03/2019, DJe 05/04/2019)

Desse modo, deve ser afastada a consideração negativa da quantidade da droga na primeira fase da dosimetria da pena.

Já no que tange ao afastamento da minorante pelo tráfico privilegiado, constata-se que o Tribunal de origem consignou que o paciente foi apreendido *na posse de 19 porções de dois tóxicos distintos, sem que tenha feito, contudo,*

*provas concretas quanto ao exercício de atividade laborativa lícita, salientando-se que, bem ao contrário, o policial Willian deixou claro que o réu já havia sido abordado em outras oportunidades (fl. 99), bem como que teria sido preso em outras duas oportunidades pelo consumo pessoal de drogas, concluindo, portanto, que o réu não preenche os requisitos para concessão do benefício.*

Na espécie, a quantidade de droga e de dinheiro não são reveladoras de anormal gravidade.

Ademais, a falta de comprovação de ocupação lícita associada à quantidade não relevante da droga apreendida não são suficientes para inferir sua dedicação a atividades criminosas.

Outrossim, as anotações criminais anteriores referidas no acórdão são referentes a delitos de menor potencial ofensivo, no caso pela prática do crime de posse de entorpecente para uso próprio, não sendo possível concluir pela dedicação do paciente à atividades criminosas. Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CONCLUSÃO ACERCA DA DEDICAÇÃO DO PACIENTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONDENAÇÕES ANTERIORES ATINGIDAS PELO PERÍODO DEPURADOR. UTILIZAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. LONGO DECURSO DE TEMPO. EXCEPCIONALIDADE. AFASTAMENTO DA VETORIAL. FEITOS EM CURSO. PROPENSÃO PARA O TRÁFICO. INOCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

1. À luz do art. 64, inciso I, do Código Penal, ultrapassado o lapso temporal superior a 5 anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, as condenações penais anteriores não prevalecem para fins de reincidência. Podem, contudo, ser consideradas como maus antecedentes, nos termos do art. 59 do Código Penal. 2. Entretanto, à luz do princípio da razoabilidade e da teoria do direito ao esquecimento, tendo em vista o longo período decorrido desde as condenações (aproximadamente 20 anos), deve ser afastada a valoração negativa dos antecedentes.

**3. Consoante entendimento perfilhado pela Sexta Turma Corte nos autos do HC n.º 358.417/RS, "fatos criminais pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem, salvo hipóteses excepcionais, embasar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado quando permitam concluir a vivência delitiva do agente, evidenciando a dedicação a atividades criminosas".**

**4. Na espécie, contudo, os feitos em curso dizem respeito a imputações por delitos de menor potencial ofensivo e crimes cometidos no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, nada com força a indicar a propensão do agente para o tráfico de drogas e, via de**

**consequência, obstar a aplicação do privilégio.**

5. Habeas corpus concedido, a fim de, afastados os óbices utilizados para negar a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, determinar ao Tribunal de origem que proceda à nova análise acerca da possibilidade de aplicação do aludido redutor, examinando ainda a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, e de alteração do regime inicial de cumprimento de pena, à luz do art. 33 e parágrafos do Código Penal.

(HC 391.015/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 24/05/2017)

Assim, passo ao redimensiono a pena.

Na primeira fase da dosimetria, afasto a valoração negativa da quantidade de droga, fixando a pena-base no mínimo legal, em 5 anos de reclusão e inalterada a pena na segunda fase, reduzo, na terceira etapa, em 2/3 a pena inicial, tornando-a definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.

No tocante ao regime prisional, o Colegiado de origem assim fundamentou a manutenção do modo fechado (fl. 102):

[...]

E o quantum de penas fixado, bem como as circunstâncias acima expostas, por si só já impõem o afastamento da substituição das reprimendas corporais por restritivas de direitos operado na sentença, assim como demonstram a necessidade de fixação de regime prisional inicial fechado para o desconto da aflição, vez que se constituem em benefícios incompatíveis com a gravidade, em concreto, do crime praticado, **principalmente nas condições em que se deu, diante da apreensão de expressiva quantidade de porções de duas drogas distintas, uma delas potentíssima, todas embaladas para venda, portanto prontas para serem disseminadas na sociedade**, observando-se, assim, as graves consequências que seriam alcançadas com a forma de proceder do réu, tudo em consonância com os ditames do quanto determinado no § 3º, do artigo 33, e no artigo 59, ambos do Código Penal, **levando-se em conta, ainda, a natureza do ilícito, equiparado aos hediondos, que a própria Carta Magna, em seu artigo 5º, incisos XLIII e LI, estabelece que seja tratado com maior rigor, a ponto de se tratar do único crime que autoriza a extradição do nacional.**

**Soma-se a tal que é de entendimento da Turma Julgadora, em casos como este, quanto a dever ser rigorosa a repressão ao delito em tela, não havendo que se descurar, inclusive, que os supramencionados dispositivos constitucionais, como a própria Lei nº 8.072/90, encontram pleno amparo na Convenção de Viena, de 1991, de Combate ao Tráfico de Drogas, promulgada no país pelo Decreto nº 154/91, especialmente quanto aos seus artigos 4º, “a”, 6 e 7.**

Frise-se, aliás, que tal fixação foi devidamente embasada na gravidade concreta do crime praticado, o que vai ao encontro do quanto estabelecido no

# Superior Tribunal de Justiça

verbetes nº 440, da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, e nos verbetes nº 718 e 719, da Súmula do Supremo Tribunal Federal, o primeiro, aliás, sequer tem aplicação no caso concreto, diante da majoração das penas básicas aqui preservada.  
[...].

A Terceira Seção deste STJ entende ser possível, desde que com base em motivação concreta, estabelecer regime prisional mais gravoso do que aquele que corresponderia, como regra geral, à pena aplicada. Tal fundamentação, porém, deve ser aferida caso a caso (HC n. 362.535/MG, Terceira Seção, Rel. Min. Felix Fischer, Rel. para o acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 8/3/2017).

Na espécie, o regime inicial fechado foi fixado, entre outros motivos, com base na bem como na previsão legal do art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/90, na redação dada pela Lei n. 11.464/2007.

Ocorre que tal previsão legal foi declarada inconstitucional, incidenter tantum, pelo Plenário do STF no julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli), sendo, a partir de então, afastada a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, tendo lá ficado consignado que as regras do art. 33 do CP deveriam ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados.

O §3º do art. 33 do CP, por sua vez, estabelece que a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código. Ou seja, exige-se fundamentação concreta para a fixação de regime inicial mais gravoso do que a pena aplicada permite, nos termos do disposto das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF, *ad litteram*:

Súmula 440/STJ: Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Súmula 718/STF: A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Súmula 719/STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Consigno ainda que, muito embora também tenham as instâncias *a quo* apontado fundamento concreto, consubstanciado na quantidade da droga, o volume não relevante, qual seja, 34,172g de maconha e 1,163g de cocaína, desautoriza o asseveramento do regime prisional.

Sendo assim, não se justifica a imposição de regime inicial fechado,

# *Superior Tribunal de Justiça*

considerando o *quantum* da nova pena aplicada, a primariedade do réu, a fixação da pena-base no mínimo legal e a ausência de argumentos concretos para o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, fazendo jus o paciente ao regime aberto, em atenção ao disposto no art. 33, §§ 2º, c, e 3º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Além disso, a quantidade de pena aplicada e as demais circunstâncias pessoais do caso conferem ao paciente o direito de ter substituída a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, nos termos do art. 43 e seguintes do Código Penal.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para fixar a pena do paciente em 1 ano e 8 meses de reclusão, além do pagamento de 166 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto para o início de desconto das reprimendas e para substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo juízo das execuções.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 1º de outubro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO  
Relator