

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 528.301 - SP (2019/0247098-8)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : JOSE GERALDO LEONEL FERREIRA
ADVOGADO : JOSÉ GERALDO LEONEL FERREIRA - SP180074
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAVIS CASTRO MOURA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de DAVIS CASTRO MOURA, em face de decisão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, assim ementado (fl. 40):

Tráfico de drogas – Prisão em flagrante na posse de diversas porções de entorpecentes de mais de um tipo – Palavra dos policiais seguras, coerentes e sem desmentidos – Desclassificação para simples porte – Impossibilidade – Condenação decretada;

Tráfico de drogas – Apreensão de várias porções de crack, cocaína e maconha – Aumento da pena na primeira fase da dosimetria – Possibilidade – Exegese do art. 42, da Lei de Drogas;

Tráfico de drogas – Réu primário e sem antecedentes – Ausência de prova que integre associação criminosa ou que se dedique a essas atividades – Aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 – Possibilidade – Regime fechado – Recurso do Ministério Público provido.

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau desclassificou a conduta do paciente para a prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/06, aplicando apenas a medida de advertência.

Ato seguinte, o Ministério Público interpôs recurso de apelação perante a Corte de origem, a qual lhe proveu para condenar o paciente à pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais 194 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas.

Alega o impetrante, em síntese, haver constrangimento ilegal na condenação do paciente, uma vez que *os elementos de convicção existentes nos autos não são suficientes para embasar édito condenatório* (fl. 8).

Ademais, sustenta a ausência de fundamentação idônea para exasperação da pena-base, para fixação de regime inicial mais gravoso, bem como para negar a substituição da pena privativa de liberdade.

Requer, liminarmente e no mérito, a expedição de contramandado de prisão e a absolvição do paciente; ou a aplicação da pena-base no mínimo legal, a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos.

Superior Tribunal de Justiça

A liminar foi parcialmente deferida, informações prestadas, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.

DECIDO.

Inicialmente, quanto ao pleito de absolvição, tem-se que o Tribunal *a quo*, ao prover o recurso ministerial, destacou que (fls. 41-46):

Cuida-se de recurso interposto pela representante do Ministério Público em exercício perante o juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Osasco contra a r. sentença de fls. 175/177 que julgou parcialmente procedente a ação penal e desclassificou o tráfico de drogas para o art. 28, da Lei nº 11.343/06, aplicando ao acusado a pena de advertência sobre os efeitos das drogas.

E, na análise dos argumentos trazidos com o recurso, forçoso concluir, sempre respeitada a convicção da ilustre Magistrada sentenciante, que a prova foi suficiente para justificar a condenação do réu pelo crime de tráfico de drogas.

De fato, a materialidade do delito está demonstrada pelos laudos toxicológicos juntados as fls. 76 e 85, que constatarem que as substâncias apreendidas eram cocaína e maconha, enquanto a autoria é indiscutível, na medida em que o acusado foi preso em flagrante, quando trazia consigo diversas porções de entorpecente de mais de um tipo (fls. 12) e, embora tenha negado qualquer envolvimento com o crime ao ser ouvido perante a autoridade policial (fls. 7), já naquela oportunidade foi incriminado pelos policiais militares Rodrigo Acciarito e Angelo da Silva Ribeiro.

Na verdade, quando estavam em patrulhamento pela região, avistaram o acusado em atitude suspeita e, durante a abordagem, presenciaram o momento em que ele dispensou uma bolsa contendo as diversas porções de entorpecente apreendidas. Durante a revista, encontraram no bolso da bermuda do réu a quantia de R\$ 50,00 em notas miúdas e, nessa ocasião, **ele admitiu a traficância**. Disseram ainda que, como o apelado estava sem documento, dirigiram-se até a sua residência e lá apreenderam mais R\$ 1.303,00 (fls. 4 e 6).

Somente por esses elementos, como se vê, já se tinha razoável certeza a propósito da procedência da ação penal.

Mas não é só, pois em juízo, agora sob a garantia do contraditório, embora o réu tenha negado novamente o crime e a propriedade das drogas, dizendo que estava no local para adquirir entorpecente para seu próprio consumo (mídia digital), tem-se que a prova oral tornou definitiva sua responsabilidade.

É que os policiais, em depoimentos seguros e coerentes, disseram que abordaram o acusado em atitude suspeita, após ter dispensado uma bolsa contendo diversas porções de mais de um tipo de droga e dinheiro trocado. Acrescentaram, ainda que, naquela ocasião, o réu admitiu a traficância e que em diligência até a sua residência, apreenderam grande quantia em dinheiro (mídia digital).

Esses elementos são mais que suficientes para embasar a condenação, pois a lei não trata o policial como pessoa impedida ou suspeita de prestar

depoimento, ao contrário, ele está sujeito ao compromisso de dizer a verdade e às penas do falso testemunho, caso omita ou distorça os fatos. Bem por isso, repita-se, se nada contribui para viciar o depoimento do policial, cumpre dar a ele igual valor ao de qualquer outra testemunha.

[...]

Vale consignar, de qualquer forma, que pequenas divergências ou omissões são próprias da natureza da prova oral. Máxime em se tratando de policiais militares, que atendem inúmeras ocorrências.

Assim, observe-se que é natural e pouco importante que depois de tanto tempo 2 anos e quatro meses após o crime os policiais não se recordassem com exatidão a quantidade exata da droga apreendida, **notadamente porque reconheceram com firmeza o acusado e o apontaram com o indivíduo que trazia consigo grande quantidade de entorpecente de mais de um tipo e que, quando indagado, acabou admitindo a traficância.**

No caso dos autos, repita-se, os depoimentos desses policiais não mereceram contrariedade de qualquer outra prova e como nada sugere que dispusessem de tamanha quantidade de drogas de mais de um tipo e tivessem motivos para inventar falsa acusação, impossível negar valor à única prova direta da autoria.

Até porque as testemunhas de defesa José Francisco Nogueira e Ailton Pereira dos Santos não presenciaram os fatos e são pessoas ligadas ao réu, de modo que suas palavras devem ser recebidas com reservas e não podem afastar a única prova direta da autoria.

Assim, como o acusado foi surpreendido quando trazia consigo diversas porções de drogas de mais de um tipo embaladas individualmente, prontas para a venda, com dinheiro trocado em seu bolso e grande quantidade de dinheiro guardado em sua residência, a despeito de ter se declarado desempregado (fls. 7), além de ter admitido informalmente aos policiais o tráfico de entorpecentes, essas circunstâncias indicam com segurança que as substâncias apreendidas se destinavam à entrega para consumo de terceiros.

Assim, a condenação pelo crime do art. 33, da Lei de Drogas era de rigor, não se justificando a desclassificação operada, até porque o réu negou a posse do entorpecente.

Com efeito, nota-se que a instância *a quo*, soberana na análise da prova, entendeu pela condenação do paciente destacando que os policiais militares *avistaram o acusado em atitude suspeita e, durante a abordagem, presenciaram o momento em que ele dispensou uma bolsa contendo as diversas porções de entorpecente apreendidas. Durante a revista, encontraram no bolso da bermuda do réu a quantia de R\$ 50,00 em notas miúdas e, nessa ocasião, ele admitiu a traficância.* Asseverando, ainda, que *o acusado foi surpreendido quando trazia consigo diversas porções de drogas de mais de um tipo embaladas individualmente, prontas para a venda, com dinheiro trocado em seu bolso e grande quantidade de dinheiro guardado em*

Superior Tribunal de Justiça

sua residência, a despeito de ter se declarado desempregado (fls. 7), além de ter admitido informalmente aos policiais o tráfico de entorpecentes, essas circunstâncias indicam com segurança que as substâncias apreendidas se destinavam à entrega para consumo de terceiros.

Dessa forma, desconstituir o édito condenatório a fim de determinar a absolvição do paciente, demandaria o revolvimento de toda a matéria fático-probatória, o que é defeso em sede do presente remédio constitucional. Nesse sentido, o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO. INVIABILIDADE DE ANÁLISE EM SEDE DE HABEAS CORPUS. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PREENCHIDOS OS REQUISITOS DO ART. 33 E ART. 44, AMBOS DO CÓDIGO PENAL - CP. QUANTIDADE PEQUENA DE DROGA APREENDIDA (1,16 GRAMAS DE COCAÍNA). APLICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. O acolhimento do pedido da defesa de análise quanto à desclassificação e absolvição do delito de tráfico de drogas demanda o reexame aprofundado de provas, inviável em habeas corpus. Ademais, com base nas provas dos autos, no depoimento dos policiais e na quantidade e natureza da droga apreendida, a Corte estadual entendeu que o paciente praticava tráfico de drogas.

[...]

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a serem especificadas pelo Juízo de Execuções, revogando o acórdão impugnado quanto à execução provisória da pena. (HC 451.738/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 29/06/2018).

No que toca ao pleito de redução da pena-base, nota-se que o Tribunal *a quo* exasperou a reprimenda inicial, com os seguintes fundamentos (fl. 46):

Resta, então, a fixação da pena a ser imposta.

Nesse mister, bem sopesados os elementos norteadores do art. 42, da Lei de Tóxicos e art. 59, do Código Penal, considerando a **quantidade e variedade de entorpecentes apreendida**, que serviria para abastecer um grande número de usuários com consequências devastadoras para a sociedade, a pena base é fixada em 1/6 acima do mínimo legal, ou seja, em 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, de valor unitário mínimo.

Como se vê, a pena-base foi fixada em 5 anos e 10 meses de reclusão, em virtude da *quantidade e a variedade de entorpecentes apreendida*, qual

seja, 19,05 gramas de cocaína, 33,43 gramas de *crack*, 16,43 gramas de maconha (fl. 41).

Insurge-se o impetrante contra o incremento da sanção inicial, alegando que a quantidade de entorpecente apreendido não seria significativa, assistindo-lhe razão. Isso porque, esta Corte superior entende ser devida a exasperação da reprimenda básica com esteio na quantidade, natureza e diversidade dos entorpecentes apreendidos, desde que o volume não seja considerado inexpressivo.

Destaco que o art. 42 da Lei de Drogas autoriza o aumento da reprimenda básica em razão da quantidade e natureza dos estupefacientes apreendidos, de modo que esses dois quesitos devem ser valorados em conjunto, não se justificando o aumento pela espécie da droga se o volume é considerado não relevante. Nesse diapasão:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REDUÇÃO AO MÍNIMO PREVISTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como ocorre na espécie, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas.

2. No caso dos autos, a consideração negativa da culpabilidade constata-se genérica, pois amparada na imputabilidade e na consciência da ilicitude da conduta por parte da paciente, sendo patente o constrangimento ilegal.

3. Ademais, não se mostra idônea a utilização da natureza do estupefaciente para a exasperação da pena-base, porquanto pequena a quantidade apreendida, sendo necessário a redução ao mínimo legal.

[...]

4. *Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de redimensionar a pena imposta para 5 (cinco) anos de reclusão, e multa, em regime inicial semiaberto.* (HC 370.382/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/8/2017, DJe 30/8/2017.)

No presente caso, apesar de ter sido apreendido, além de maconha, cocaína e *crack*, drogas de maior potencialidade ofensiva, as quantidades não relevantes não autorizam o aumento da sanção inicial. Assim, reduz-se a

pena-base ao mínimo legal, qual seja, 5 anos de reclusão, mais 500 dias-multa, a qual, ausentes agravantes ou atenuantes, mantém-se inalterada na segunda fase da dosimetria. E, por fim, na terceira etapa, reduz-se em 2/3 pela aplicação do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas (fl. 47), restando a pena final em 1 ano e 8 meses de reclusão, mais 166 dias-multa.

Por fim, com relação aos pleitos de abrandamento do regime inicial para o aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tem-se que o Sodalício estadual entendeu que (fl. 47):

Em relação ao regime de cumprimento de pena, cumpre considerar que o tráfico de drogas é extremamente grave, causa indiscutível abalo à ordem pública, na medida em que o traficante consegue atingir um número elevado de pessoas, que acabam se envolvendo em outros delitos. Por isso, em face da gravidade concreta da conduta, fica estabelecido o regime inicial fechado. Anote-se que não é o caso de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o traficante, longe de ser agraciado com os benefícios reservados a crimes menos graves, deve ser retirado da sociedade, cada vez mais temerosa e abalada com o avanço da criminalidade.

Verifica-se, pois, na hipótese, a presença de ilegalidade flagrante, apta a justificar a concessão da ordem, em razão da fixação de regime prisional fechado sem indicação de elementos concretos do caso que assim justificassem, limitando-se a Corte estadual a mencionarem a gravidade abstrata do delito.

Nesse contexto, conclui-se que o estabelecimento do regime fechado, *in casu*, contraria o disposto nas Súmulas 440/STJ, 718 e 719/STF, *in verbis*:

Súmula 440: 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.

Dessa forma, tendo em vista o *quantum* final da pena ser inferior a 4 anos – 1 ano e 8 meses de reclusão –, com a redução da pena-base ao mínimo legal, pela favorabilidade das circunstâncias judiciais, deve ser concedida a ordem para fixar o modo prisional aberto, em conformidade com o art. 33, e parágrafos do CP. Nesse mesmo sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ACUSADO

QUE NÃO POSSUI OCUPAÇÃO LÍCITA. FUNDAMENTO INSUFICIENTE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DO AGENTE EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE INEXPRESSIVA DA SUBSTÂNCIA. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

6. Estabelecida a reprimenda final em 1 ano e 8 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime inicial aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.

7. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, 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 do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão mais 166 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo Execução. (HC 428.818/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 16/02/2018).

Quanto ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, observa-se que a negativa de conversão foi fundamentada na gravidade abstrata do delito de tráfico, não apontando a Corte estadual qualquer elemento concreto que justificasse a não concessão da benesse.

Assim, no presente caso, tendo em vista a primariedade do paciente, a redução da pena-base ao mínimo legal, pela ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, e a sanção final ter restado em patamar inferior a 4 anos de reclusão, encontram-se preenchidos os requisitos do art. 44 do CP, sendo devida, portanto, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Nesse norte, tem-se, ainda, o seguinte precedente:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido 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.

Superior Tribunal de Justiça

2. Hipótese em que o paciente preenche todos os requisitos legais para a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sendo que a negativa da substituição foi fundamentada pelo Tribunal a quo na gravidade abstrata do delito de associação ao tráfico de drogas, fundamento inidôneo, segundo reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem impostas pelo Juízo da Execução. (HC 370.082/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 8/11/2016, DJe 14/11/2016.)

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para reduzir a reprimenda final a 1 ano e 8 meses e reclusão, mais 166 dias-multa, alterar o regime inicial para o aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 08 de outubro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO

Relator