

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 538.191 - SP (2019/0302057-6)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : JANINI MARI ZANCHETTA
ADVOGADO : JANINI MARI ZANCHETTA - SP334206
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SÉRGIO FANIS DA SILVA JÚNIOR (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). DEDICAÇÃO DO RÉU À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. PENA SUPERIOR A QUATRO E INFERIOR A OITO ANOS. REGIME FECHADO. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS (MAIS DE DUZENTAS E QUARENTA PORÇÕES DE DIVERSA NATUREZA). ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006 E ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. INEVIDÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.
Petição inicial indeferida liminarmente.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* ajuizado em nome de **Sérgio Fanis da Silva Júnior**, condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo, por infração do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Ataca-se o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação Criminal n. 1500743-47.2018.8.26.0537, proferido nos termos desta ementa (fl. 38):

Apelação Criminal - Tráfico Ilícito de Entorpecentes - Materialidade delitiva e autoria demonstradas - Prova Confissão do réu - Depoimentos de policiais militares - Validade Inexistência de motivos para incriminarem a ré injustamente - Restou demonstrado pela forma como ocorreu a prisão, que a droga se destinava ao fornecimento para o consumo de terceiros - Impossibilidade de desclassificação para o delito previsto no art. 37, “caput”, da Lei de Drogas - Penas e regime corretamente estabelecidos. Recurso desprovido.

Menciona-se que, no caso em apreço, o paciente foi surpreendido quando levava consigo, para fins de comercialização, 205,02 g de maconha, acondicionadas em 75 papétes; 71,6 g de cocaína, acondicionadas em 148 invólucros plásticos; 3,38 g de ecstasy, acondicionados em 6 comprimidos e 13 frascos de substância entorpecente

Superior Tribunal de Justiça

conhecida como *lança perfume*, sem autorização e em desacordo legal ou regulamentar.

Alega-se, em suma, que o regime prisional foi fixado/mantido com base *exclusivamente na gravidade abstrata do crime* (fl. 4) e que o fator considerado para afastar a incidência do redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 não é legítimo *para concluir que o paciente se dedicava a atividades criminosas* (fl. 5).

Requer-se o deferimento de medida liminar para que o paciente aguarde em regime semiaberto o julgamento do mérito do *habeas corpus*, e, ao final, a concessão da ordem, ratificando-se a liminar, para estabelecer o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda e reconhecer a referida minorante, aplicando-a no máximo, elegendo o regime prisional de acordo com a nova pena imposta se for o caso.

É o relatório.

A ilegalidade passível de justificar a impetração do *habeas corpus* deve ser manifesta, de constatação evidente, o que, na espécie, não ocorre.

De um lado, esta Corte tem reiteradamente decidido que a quantidade de droga apreendida, *aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto, ora pode impedir a incidência da referida minorante – caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade criminosa (precedentes) – ora como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, será tomada como parâmetro para definir o quantum da redução da pena* (HC n. 303.684/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 2/2/2015).

Indicadas circunstâncias concretas aptas a afastar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, a qual exige que o agente seja primário, possua bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa, não há falar em violação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 (AgRg no AREsp n. 764.710/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta turma, DJe 19/12/2016).

No caso, foi apresentada fundamentação idônea, como se vê deste trecho da sentença (fl. 30):

O benefício de redução de pena previsto no mencionado §4º não foi instituído

Superior Tribunal de Justiça

pelo legislador para atuar como redutor automático das sanções correspondentes ao tráfico de droga.

Teve o escopo de disponibilizar ao Juiz um espectro mais amplo de opções no momento de individualizar as reprimendas correspondentes a esse delito.

A quantidade, a variedade e a natureza da substância entorpecente, são elementos que, acrescidos das circunstâncias da prisão do agente, servem, primordialmente, como amparo probatório para o reconhecimento da dedicação do réu à atividade criminosa. O acusado faz do tráfico de droga seu meio de subsistência.

O réu portava quantidade de droga típica de quem se dedica à mercancia ilícita (mais de duzentas e quarenta porções de diversa natureza, distribuídas em 75 papелotes de maconha; 148 invólucros plásticos de cocaína, fracionados em 84 de cocaína em pó e 64 de crack; 06 comprimidos de ecstasy e 13 frascos de 'lança perfume').

Não se entrega a indivíduo inexperiente expressiva quantidade de droga, de elevado valor econômico.

O agente, para ter acesso a tal quantidade, por óbvio tem que se dedicar frequentemente à traficância (tal critério jurisprudencial encontrável tanto no Col. Supremo Tribunal Federal - RHC 117.867/MG rel. Min. Luiz Fux j. 22.10.2013, quanto no E. STJ (AgRg no AREsp 359.220/MG rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura j. 3.9.2013 e AgRg no AREsp 180.580/MG mesma rel. j. 7.3.2013).

Tal circunstância demonstra que não se cuida, na espécie, de apenas um desvio na vida do réu.

Ademais, de acordo com os precedentes desta Casa, *para se acolher a tese de que o paciente não se dedica às atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em habeas corpus* (AgRg no HC n. 378.844/SP, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta turma, DJe 17/2/2017).

Em outras palavras, ***concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente integrava organização criminosa ou, ao menos, se dedicava às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus*** (HC n. 372.505/MS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta turma, DJe 16/12/2016).

Quanto ao regime, o fato de as circunstâncias judiciais serem favoráveis ao réu e de a pena privativa de liberdade aplicada ser inferior a 8 anos não lhe assegura, por si só, o direito de cumpri-la em regime semiaberto.

Com efeito, ***a quantidade e/ou natureza de drogas apreendidas constitui***

Superior Tribunal de Justiça

elemento idôneo para justificar a imposição de regime mais gravoso, de acordo com o disposto no art. 42 da Lei de Drogas e no art. 33, § 3º, do CP e em consonância com o entendimento desta Corte (HC n. 285.074/MS, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 7/11/2016).

E, segundo a sentença (fl. 32),

O regime para o início de cumprimento de pena para o delito de tráfico é o fechado. É o único que se mostra adequado à consecução das finalidades da sanção penal, considerada a **gravidade CONCRETA** do delito, circunstâncias em que foi praticado e suas consequências, que demonstram a periculosidade e ousadia do agente, aptas a reclamar reação severa, proporcional e seguramente eficaz, sob pena de impunidade.

[...]

Outrossim, sobressai-se no fato em tela **maior grau de censurabilidade** na conduta do acusado, que não se manteve apenas nos moldes inerentes ao tipo penal em espécie.

A cocaína, principalmente, na forma de pó ou pedra, tem alto potencial ofensivo, gerando maior probabilidade de provocar dependência química em elevado número de pessoas, atingindo com mais vigor a saúde pública, bem jurídico protegido pelo legislador.

O *quantum* de entorpecentes apreendido demonstra o devastador resultado que a conduta do réu provocou no meio social.

Sendo o crime de perigo contra a saúde pública fica claro que mais de **240 porções de droga** poderia facilmente alcançar um elevado número de pessoas, o que denota maior reprovabilidade da conduta do agente, visto o maior ataque ao bem jurídico.

No caso, foram apreendidas porções de cocaína em pó (84), de *crack* (64), maconha (75), 'lança perfume' (13) e ecstasy (06), **o que também indica maior censurabilidade**, pois tais entorpecentes possuem grande capacidade de viciar, como é notório e visto em toda a mídia. Assim, em face do bem jurídico protegido, **aliado ao artigo 42 da Lei nº 11.343/06**, quanto maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, mais severos devem ser pena e o regime, sob pena, inclusive, de violação ao princípio da individualização da pena.

Isso afasta a alegação de que o regime foi fixado com base, só e só, na gravidade abstrata do delito.

A propósito, confirmam-se ainda: HC n. 294.565/MS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 04/11/2014; e HC n. 240.443/SP, Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Quinta Turma, DJe 22/3/2013.

Diante da ausência de manifesta ilegalidade, **indefiro liminarmente** a petição inicial (art. 210 do RISTJ).

Superior Tribunal de Justiça

Publique-se.

Brasília, 08 de outubro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator

