

HABEAS CORPUS Nº 536.470 - SP (2019/0292868-6)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
GUILHERME DINIZ BARBOSA - SP308865
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WITALLO MATEUS DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de WITALLO MATEUS DA SILVA no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, como incurso no crime do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, pois foi surpreendido na posse de **13,3g (treze gramas e três decigramas) de cocaína, de 30,1g (trinta gramas e um decigrama) de maconha e de 31,6g (trinta e um gramas e seis decigramas) de crack** (e-STJ fls. 28/45).

Interposta apelação, os desembargadores da 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça negaram provimento ao recurso (e-STJ fls. 46/64).

Recebeu o acórdão esta ementa (e-STJ fl. 47):

Sentença condenatória pela delito de tráfico de entorpecentes (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06) Apelo buscando a absolvição pela insuficiência probatória com pleitos subsidiários de abrandamento das penas.

Mérito Materialidade e autoria delitiva bem demonstradas Palavras dos agentes da lei que merecem primazia na formação do convencimento Impossibilidade de desclassificação para a conduta de porte, uma vez que inequívoca a traficância pela quantidade de droga apreendida e sua forma de acondicionamento Condenações mantidas.

Penas Criteriosamente fixadas, observado o regramento aplicável inteligência dos artigos 42 da lei de drogas e 59 do Código Penal Maus antecedentes e reincidência de um dos apelantes bem reconhecida ausência de “bis in idem” Impossibilidade de aplicação do redutor, ausentes os requisitos legais regime prisional fechado para ambos,

adequado à espécie Descabida a aplicação da detração e indeferida a substituição por restritivas de direitos ou “sursis” Recurso desprovido.

Neste *writ*, a Defensoria Pública aponta constrangimento ilegal decorrente do cálculo dosimétrico e da imposição do regime prisional fechado.

Sustenta que a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não foi concedida ao paciente com fundamento na quantidade de entorpecente apreendido, bem como pela sua condição de desempregado e pela prática de atividade ilícita, inclusive com participação em organização criminosa.

Ressalta que, *"em primeiro lugar, a quantidade, a natureza e a variedade de entorpecentes apreendidos são circunstâncias que devem ser sopesadas na primeira fase da individualização da pena, nos termos do artigo 42 da Lei de Drogas, sendo impróprio invocá-las para afastar a aplicação do artigo 33, §4º, do mesmo diploma"* (e-STJ fl. 6), e assevera a pequena quantidade de droga encontrada em poder do réu.

Afirma que o desemprego não constitui óbice à aplicação do redutor e que, no caso, não há nenhuma prova nos autos de que o acusado integra organização criminosa.

Assevera, assim, que se encontram presentes todos os requisitos exigidos para a concessão da minorante na fração máxima.

Em seguida, aduz que o regime fechado foi estabelecido com fulcro, apenas, na gravidade abstrata do delito, em patente afronta ao disposto nas Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, e 440 desta Corte, bem como ao previso no art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, além de a quantidade de droga encontrada em poder do apenado não justificar o recrudescimento do regime prisional.

Por fim, pontua que, com a readequação da reprimenda, deve a pena corporal ser substituída por medidas alternativas, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Dessa forma, requer, liminarmente, possa o acusado aguardar no regime intermediário o julgamento deste *habeas corpus*. No mérito, postula a aplicação do art. 33, §

4º, da Lei n. 11.343/2006 em fração máxima, o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (e-STJ fls. 3/15).

O pedido liminar foi deferido, em menor extensão, a fim de que o paciente pudesse aguardar no regime semiaberto o julgamento da ordem (e-STJ fls. 68/71).

Prestadas as informações (e-STJ fls. 81/124), os autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal, que se manifestou pelo não conhecimento do *writ*, com a cassação da medida liminar (e-STJ fls. 129/141).

É, em síntese, o relatório.

Objetiva a defesa, primeiramente, a aplicação do redutor sob o argumento de estarem presentes os quesitos exigidos para a sua aplicação na fração de 2/3.

Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

De acordo com o aludido art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Na hipótese, o Tribunal *a quo* assim se manifestou (e-STJ fls. 58/59 e 60/62):

Já em relação a Witallo, cabe acrescentar que restou configurado que, assim como Mayjara, não se trata de traficante eventual, mas sim, que se dedica a atividade criminosa, diante das circunstâncias do crime descrito na denúncia, bem como pela quantidade de entorpecente apreendido (66 eppendorfs de cocaína - 13,3g; 100 porções do mesmo entorpecente, na forma de crack - 31,6g; e 18 invólucros de maconha - 30,1g).

Esses elementos acima expostos mostram-se como circunstâncias idôneas para impedir a aplicação do benefício do redutor, uma vez que denotadora de que, para ter acesso a tamanha quantidade de entorpecentes, claramente se incorporou à organização criminosa, ou, no mínimo, tem se dedicado frequentemente à traficância, 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) [...]

Aliás, não comprovaram satisfatoriamente o exercício de atividade laboral lícita, o que também reforça que vinham se dedicando às atividades criminosas, uma vez se declararam desempregados ao azo do flagrante (fls. 19 e 29), a denotar que não teriam condições financeiras para adquirir tamanha quantidade de entorpecentes.

Nesse ponto, veja-se que a Lei de Drogas faculta ao magistrado sem obrigar a concessão do redutor, estando ele livre ainda para estabelecê-lo no patamar que entender adequado, diante da análise do caso concreto, respeitando-se o princípio da individualização da pena. E no caso não caberia a aplicação da benesse em razão das características do crime apurado, que se revelou típico de quem se dedica às atividades criminosas, deixando, assim, de preencher um dos requisitos do citado dispositivo, além da quantidade de droga apreendida, fatores já mencionados.

Ora, ainda que não se tenham provas exatas, inconcussas, sobre a organização criminosa à qual pertenciam, evidente que para vender e negociar drogas em qualquer lugar, os acusados deveriam necessariamente estar inseridos na estrutura da criminalidade estabelecida naquela região, ressabido que não há, ainda, “livre concorrência” na venda de drogas. E não se trata aqui de suposição ou mera conjectura, pois é de conhecimento público a disputa de pontos de venda de drogas entre organizações criminosas rivais. Notório que a atividade da traficância assumiu características de negócio, sendo hoje fonte de renda do crime organizado, até porque os responsáveis pela estruturação da venda de drogas controlando as etapas de produção, transporte e acondicionamento não confiariam a entrega a consumidor final a uma pessoa que não gozasse da confiança deles, ou que não tivesse com eles algum vínculo.

Enfim, havendo indícios do envolvimento dos acusados com a criminalidade, descabido o redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 [...]

Não se olvida, outrossim, da reiterada orientação desta Corte de que a quantidade e a natureza da droga, associadas ao contexto em que se deu a sua apreensão, podem evidenciar a prática do tráfico ilícito de entorpecentes.

Contudo, na espécie, a quantidade de entorpecente encontrada em poder do paciente – **13,3g (treze gramas e três decigramas) de cocaína, 31,6g (trinta e um gramas e seis decigramas) de "crack" e 30,1g (trinta gramas e um decigrama) de**

maconha, e-STJ fl. 28 – não justifica a aplicação do redutor em fração inferior à máxima, notadamente diante da primariedade e dos bons antecedentes do réu, além da inexistência de provas concretas, nos autos, que demonstrasse que ele se dedicava a atividades criminosas ou integrava organização criminosa.

A mais disso, a condição de desempregado não constitui fundamento idôneo para o afastamento do pretendido redutor.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. [...] PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. MACONHA (40G), COCAÍNA (23G). ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. FRAÇÃO MÁXIMA. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

[...]

2. Considerando que a Paciente preenche todos os requisitos necessários à aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, e tendo em vista a quantidade da droga apreendida - 23g de cocaína e 40g de maconha -, deve ser aplicado o redutor no seu patamar máximo, qual seja, 2/3 (dois terços), atendendo-se à proporcionalidade necessária e suficiente para a reprovação do crime.

[...]

4. Fixada a pena-base da Paciente no mínimo legal, dada a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, considerada a sua primariedade e a inexistência de fundamentação concreta para a fixação do regime diverso do legal, não é possível infligir-lhe regime prisional mais gravoso. Pelas mesmas razões e, tendo em vista a aplicação da minorante prevista no parágrafo 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em seu patamar máximo, mostra-se socialmente recomendável a substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, sendo ilegal a negativa da substituição.

5. Prisão domiciliar revogada em virtude do trânsito em julgado da condenação. Ordem de habeas corpus concedida para reduzir as penas para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, fixar o regime aberto como regime inicial para o cumprimento de pena e conceder a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, que deverão ser escolhidas pelo Juízo das Execuções Criminais (HC 486.419/SP, relatora Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 11/03/2019, grifei).

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REDUÇÃO DA PENA QUE SE MOSTRA DEVIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O simples fato de o réu haver confessado que estava desempregado à época dos fatos não pode, evidentemente, levar à conclusão contrária, qual seja, a de que se dedica a atividades criminosas, até porque o desemprego, diante da realidade social brasileira, representa, na verdade, um infortúnio de boa parte da população.

2. Porque não foi apontado nenhum fundamento concreto e idôneo que, efetivamente, permitisse a conclusão de que o acusado se dedicaria a atividades delituosas, deve ser aplicada, em seu favor, a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

3. Agravo regimental não provido (AgRg no HC 489.743/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 28/03/2019, DJe 05/04/2019, grifei).

Passo, assim, à readequação da pena, nos termos originários.

Na primeira fase, fixo a pena-base em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na segunda etapa, a sanção permanece inalterada.

Na fase derradeira, reduzo a pena em 2/3, o que a torna em **1 ano e 8 meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa**.

Diante do novo *quantum* da sanção definitiva, fixada a pena-base no mínimo legal, em razão da análise favorável das circunstâncias judiciais, e concedido o redutor na fração máxima, entendo que o paciente faz jus ao regime inicialmente aberto para cumprimento da reprimenda, bem assim à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, já que estão preenchidos os requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal.

Ante o exposto, **concedo a ordem de *habeas corpus* a fim de aplicar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas na fração de 2/3 e reduzir a**

Superior Tribunal de Justiça

pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão, mais 166 dias-multa, além de alterar o regime inicial de cumprimento da reprimenda para o aberto e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, que deverão ser estipuladas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 29 de novembro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator