

**HABEAS CORPUS Nº 538.138 - SP (2019/0301891-7)**

**RELATOR** : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**  
**IMPETRANTE** : PATRICIA MARYS DE ALMEIDA GONCALVES  
**ADVOGADO** : PATRÍCIA MARYS DE ALMEIDA GONÇALVES - SP169686  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : BRUNO AUGUSTO ARRUDA PRADO DIAS (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de BRUNO AUGUSTO ARRUDA PRADO DIAS, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou provimento à apelação da defesa em acórdão assim ementado (fl. 168):

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. I - Preliminar de nulidade afastada. Nenhuma das testemunhas arroladas pela Defesa anterior do acusado, foi ouvida sem a intimação do seu novo defensor. No mais, o apelante não comprovou o prejuízo causado e, como sabido, o sistema de nulidade previsto no Código de Processo Penal, no qual vigora o princípio do *pas de nullité san grief*, dispõe que, inexistindo prejuízo, não se proclama a nulidade do ato processual, mesmo que este tenha sido produzido em desacordo com as formalidades legais. II - Mérito. Absolvição. Impossibilidade. Provas da materialidade e autoria. Apreensão de grande quantidade de drogas em poder do acusado, dentre elas, 40.527 quadrados descartáveis agrupados em 81 cartelas de papel pré-cortadas, contendo 251-NBOMe, conhecida por "Pandora", com efeitos alucinógenos similares ao LSD. Palavras dos policiais valoração. III - Penas mantidas. Redutor não aplicado, pois há provas de que o acusado dedica-se ao tráfico, segundo as mensagens de seu celular. Regime prisional mantido. APELO DESPROVIDO.

O paciente foi condenado à pena de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 600 dias-multa, por ofensa ao art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

A impetrante argumenta, em suma, que a quantidade e espécie de entorpecentes não podem servir de sustentáculo para negar a aplicação de benefícios previstos na Lei de Drogas – minorante – e, também, para fixar o regime inicial de cumprimento da pena, acrescentando que *tendo sido consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, não há razão a justificar o estabelecimento do regime fechado* (fl. 25).

Requer, liminarmente e no mérito, a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, readequando-se a reprimenda arbitrada, e a alteração do regime inicial para o aberto ou semiaberto, substituindo-se a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida.

As informações foram prestadas.

Manifestou-se o Ministério Público Federal pela concessão parcial da ordem para que seja fixado o regime semiaberto.

É o relatório.

DECIDO.

Acerca da aplicação da minorante prevista na Lei de Drogas, assim se manifestou o Tribunal de origem (fls. 178-179):

[...] não foi aplicado o redutor previsto no artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/06, pois há prova de que o réu dedica-se ao tráfico, **tendo em vista o teor das mensagens arquivadas em seu celular e a apreensão bem sucedida de drogas em seu poder durante a abordagem policial.**

Como cediço, a benesse referida destina-se ao agente que incide nas condutas do "caput" ou do § 1º, do art. 33, da Lei 11.343/2006, de forma ocasional, ou seja, na situação em que o tráfico só ocorreu por um desvio de conduta e que tende a não se repetir.

Resta clara a intenção do legislador de permitir uma punição menos severa ao denominado traficante de "primeira viagem", visando prevenir a reiteração da conduta do agente, na tentativa de evitar que ele venha a integrar organizações criminosas, cuja atuação no comércio de drogas é patente.

Logo, a concessão da benesse em comento está calcada no caráter esporádico da conduta realizada e pressupõe a ausência de elementos subjetivos e objetivos que permitam concluir que o agente não tem o crime como modo de vida e, portanto, que não se dedica a atividades criminosas, o que não é o caso.[...]

Sobre o tema, extrai-se da sentença (fls. 128-129 - com destaques):

[...] O réu Bruno, por sua vez, afirmou ser usuário de drogas. Trouxe a versão de que conheceu um rapaz chamado Cláudio em um bar na cidade de São Paulo, sendo que este pediu para que o réu trouxesse alguns documentos até a cidade de São José dos Campos. Esse suposto rapaz deixou os envelopes lacrados com o réu, sendo que este não tinha como saber que se tratava de substâncias entorpecentes. O réu declarou ainda que a ré Vitória não sabia das drogas, tampouco de que ele iria receber algum dinheiro para a suposta entrega dos documentos. Afirmou ainda que seu aparelho celular era utilizado por diversas pessoas na república onde vivia, sendo que as mensagens relacionadas a Felipe Juarez não eram suas, tampouco sabe quem as enviou.

A versão escusatória do réu Bruno não convence. O réu não aponta motivos para uma possível falsa acusação sobre si. **Note-se que foi encontrada uma grande quantidade de drogas em seu poder, sendo que ele assumiu a propriedade dos entorpecentes conforme depoimentos colhidos pelas testemunhas policiais em juízo.** Destaque-se ainda o fato de que o réu carregava substâncias entorpecentes mais nocivas do que a cocaína, entorpecentes este sintetizado na China e na Índia, bem como afirmou aos

policiais que receberia R\$ 2.000,00 reais para transportar as drogas, que eram evidentemente destinadas ao consumo de terceiros, notadamente pela quantidade apreendida.

O réu não trouxe quaisquer elementos que pudesse identificar esse suposto rapaz conhecido como Cláudio, que seria, em tese, o responsável pelos entorpecentes contidos nos envelopes. É fato que se trata de versão fantasiosa do réu com o nítido intuito de induzir a erro este juízo.

**Ademais, os laudos periciais do aparelho celular (fls. 111/118) do réu demonstraram claramente que ele possuía diversas conversas a respeito do tráfico**, notadamente conversas com pessoas encomendando a droga de Bruno, tanto que ele recebeu R\$ 15.000,00 em seu conta de um dos compradores (Leandro Modna). Foram vistos também e-mails de outros compradores reclamando da droga, e que "os papel estão girando devagar".

**Outro ponto a se destacar são os extratos bancários da conta do réu Bruno (fls. 580/591) em que há diversos depósitos suspeitos, totalizando o valor de R\$ 247.789,00, valor este incompatível com a realidade brasileira de um simples estudante que é sustentado pelos pais.** Por mais poder aquisitivo que o réu tenha, é notório que os dinheiros depositados na sua conta não são provenientes de trabalho honesto, indicando que se tratava de dinheiro de tráfico.[...]

Do relatório da sentença, consta a quantidade de drogas apreendidas. Confira-se (fls. 117-118):

[...] Ato contínuo os policiais abriram a porta do veículo e notaram um forte odor de droga, perguntando ao réu Bruno se ele era usuário, bem como se possuía entorpecentes. O réu Bruno disse que sim e pediu para que a ré Vitória entregasse a droga. Assim, a ré Vitória retirou um frasco emborrachado, de forma circular e colorido (preto e roxo), que estava entre suas pernas, e o entregou ao réu Bruno. No interior do pote havia haxixe, sendo que o réu alegou que era para seu uso pessoal, pedindo para ser liberado. Entretanto, os policiais decidiram realizar uma busca mais detalhada no automóvel, sendo que no banco traseiro foi encontrada uma mochila contendo roupas masculinas e **2 envelopes de cor parda contendo 81 cartelas com um total de 40.527 quadrados descartáveis, os quais apresentaram resultado positivo para substância entorpecente 251-NBOMe. Em outra mochila menor havia 7 potes de borracha coloridos, 2 potes laranja, 3 envelopes plásticos contendo uma pasta endurecida verde escura e 1 invólucro plástico contendo material sólido de coloração esverdeada, tudo com resultado positivo para Tetraidrocanabinol - THC (haxixe); 4 cigarros artesanais de maconha; 2 invólucros plásticos contendo substâncias amarela e marrom, bem como 2 comprimidos roxos tudo de ecstasy. Havia um frasco de cor âmbar contendo líquido transparente com resultado positivo para dietilamida do ácido lisérgico. No interior da mesma mochila também havia um sólido de cor predominantemente cinza da substância Etilona.**[...]

Como se vê, foi comprovada a traficância exercida pelo paciente através de laudos periciais de seu aparelho celular, demonstrando-se claramente que ele possuía diversas conversas a respeito do tráfico, acrescendo que possuía em sua conta bancária vultuosa quantia – R\$ 247.789,00 –, valor esse incompatível com a realidade brasileira de um estudante que é sustentado pelos pais.

Ademais, de acordo com o entendimento desta Corte, considera-se fundamento idôneo a afastar a incidência da minorante em comento a quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos, *in casu*, 81 cartelas com um total de 40.527 quadrados descartáveis, os quais apresentaram resultado positivo para substância entorpecente 251-NBOMe, dentre outros, não havendo falar-se em ilegalidade. A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA AFASTAR O TRÁFICO PRIVILEGIADO. 442 GRAMAS DE MACONHA. DENÚNCIAS ANÔNIMAS. ELEMENTOS CONCRETOS QUE EVIDENCIAM DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME FECHADO. FUNDAMENTO CONCRETO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Fixada a pena-base no mínimo legal, as instâncias a quo reconheceram que o acusado se dedicava a atividades criminosas em virtude da quantidade de droga apreendida - 442g de maconha - e da existência de denúncias anônimas fazendo com que fosse conhecido dos meios policiais, razão porque negaram a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

2. É pacífico o entendimento nesta Corte Superior de que a quantidade e/ou a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciarem a dedicação à atividade criminosa.

[...]

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 499.232/SP, por mim relatado, SEXTA TURMA, julgado em 06/06/2019, DJe 13/06/2019).

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. *MODUS OPERANDI* E EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. REGIME INICIALMENTE FECHADO. CABIMENTO. *REFORMATIO IN PEJUS*. SITUAÇÃO DO RÉU NÃO AGRAVADA PELO TRIBUNAL A *QUO*. INOCORRÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, possua bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e não integre

organização criminosa.

2. No caso em análise, com base na grande quantidade de droga apreendida e no *modus operandi* da conduta, as instâncias ordinárias concluíram que o paciente dedica-se à atividade criminosa.

3. "Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto esta Corte Superior de Justiça firmaram o entendimento de que a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas ou mesmo a sua integração em organização criminosa" (HC 373.523/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe de 21/08/2018). 4. A jurisprudência deste Tribunal consolidou-se no sentido de que a escolha do sistema prisional não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* de sanção firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.

5. A quantidade e a qualidade da droga apreendida podem ser considerados tanto para afastar a incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas como para estabelecer regime prisional mais gravoso.

[...]

7. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 499.041/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 01/07/2019).

No que se refere ao regime prisional estabelecido, pontuou o Tribunal local (fls. 179-180):

[...] Quanto ao regime de cumprimento de pena, o fechado se mostra o adequado, de acordo com a determinação constante no artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que regula os crimes hediondos, hipótese equiparada ao caso concreto.

Aliás, a modalidade é, na verdade, a única compatível com a gravidade do delito praticado e está em sintonia com o rigor com que o legislador tratou o traficante, negando-lhe benefícios outros que normalmente concede a infratores de normas diversas.

Com efeito, se não tem ele direito à liberdade provisória, fiança etc., não faria sentido que, condenado, pudesse receber pena alternativa, ou cumprir a reprimenda em outro regime.

A respeito, tem-se que "O regime prisional inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei nº. 11.464/2007, que deu nova redação ao § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90" (STJ, HC 207414, Relatora Ministra LAURITA VAZ, julgado 04-10-2011).

Embora o Supremo Tribunal Federal (HC 111.840/ES) tenha declarado a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, a. r. decisão não foi unânime e foi feita de forma incidental, não possuindo eficácia erga omnes e nem efeito vinculante.

Também não é o caso de substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, pois a pena é superior a 4 anos (art. 44, I, do CP).[...]

Do excerto, observa-se que a fixação do regime fechado foi motivada na hediondez do crime de tráfico de drogas, não trazendo elementos concretos aptos à sua justificação.

Ocorre que, em face da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, na redação dada pela Lei n. 11.464/2007, a eventual hediondez do delito não é suficiente à imposição do regime inicial mais severo. Nesse sentido:

**AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ESTUPRO. REGIME FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO BASEADA APENAS NA HEDIONDEZ DO CRIME. NOME POR EXTENSO. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.**

1. **De acordo com este Tribunal Superior, é inviável a fixação de regime mais severo tão somente em razão da hediondez do crime.**
2. Deve ser fixado o regime semiaberto para o cumprimento de pena por paciente primário, cuja pena foi aplicada em 8 anos de reclusão, conforme o disposto no art. 33, § 2º, b, do CP.
3. A jurisprudência desta Colenda Corte é no sentido de que a publicidade do nome do autor do crime sexual é incompatível com a proteção da vítima, conforme o art. 234-B do Código Penal.
4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 472.916/SP, por mim relatado, SEXTA TURMA, julgado em 28/03/2019, REPDJe 05/04/2019, DJe 04/04/2019)

Outrossim, tampouco a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime constitui motivação idônea à imposição de regime mais gravoso do que o permitido, segundo a pena aplicada, conforme o enunciado da Súmula 718/STF.

Desse modo, restando a pena final estabelecida em seis anos de reclusão, reconhece-se ilegalidade no estabelecimento de regime mais gravoso, sendo cabível a fixação do regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal.

Por fim, a quantidade de pena aplicada não satisfaz o requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal, obstando a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* tão somente para fixar o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Brasília, 28 de novembro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO  
Relator