

HABEAS CORPUS Nº 535.861 - SP (2019/0289285-8)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : JEFERSON DOUGLAS PAULINO
ADVOGADO : JEFERSON DOUGLAS PAULINO - SP264935
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MANOEL LUCAS GONÇALVES MOURA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de MANOEL LUCAS GONÇALVES MOURA apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o paciente foi denunciado pela suposta prática dos delitos tipificados nos arts. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 e 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois, na companhia de um adolescente, foi surpreendido na posse de menor transportavam "82 *eppendorfs* [pinos plásticos], *contendo cocaína, 01 pedra da mesma substância com peso de* [22,24g – vinte e dois gramas e vinte e quatro centigramas] *e três pacotes de eppendorfs vazios, totalizando 3.000 unidades*" (e-STJ fl. 16).

No entanto, o Juízo de primeiro grau o absolveu com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal (e-STJ fls. 18/28).

Interposta apelação pelo Ministério Público estadual, os desembargadores da 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça deram provimento ao recurso a fim de condenar o então apelado à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 29/40).

Recebeu o acórdão esta ementa (e-STJ fl. 31):

Art. 33. *caput*. da Lei n. 11.343/06 Materialidade delitiva e autoria demonstradas. A forma como ocorreu a apreensão impede a desclassificação para a figura do art. 28 da Lei.

Prova. Palavras de Servidores Públicos. Validade. Inexistência de

motivos para incriminar os réus injustamente.

Penas-base fixadas no mínimo legal, na segunda fase, não incide qualquer atenuante, nos termos da Súmula 231 do STF. Na terceira fase inaplicável a benesse do art. 33 par. 4º da Lei de Drogas, que não é direito subjetivo dos acusados, mas faculdade do julgador, em razão da quantidade e tipo de droga.

REGIME PRISIONAL. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade - Crime de tráfico ilícito de entorpecentes merece maior reprovabilidade em razão de sua gravidade e pelas conseqüências nefastas que sua prática tem na sociedade - Art. 33 c.c. art. 59. do CP.

Recurso provido.

Neste *writ*, a defesa aponta constrangimento ilegal decorrente do cálculo dosimétrico.

Sustenta que, apesar de preenchidos os requisitos exigidos pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o Tribunal local afastou a minorante sem fundamentação idônea, mas com fulcro, apenas, na gravidade abstrata do crime, razão pela qual deve ser concedida a benesse em seu grau máximo.

Ressalta que, com a concessão do redutor, torna-se possível a aplicação dos consectários da nova dosimetria, como o regime aberto e a substituição da prisão corporal por medidas alternativas.

Dessa forma, requer, em liminar e definitivamente, a concessão da causa de diminuição da pena na fração de 2/3, a alteração do regime prisional para o aberto e a substituição da custódia por penas restritivas de direitos (e-STJ fls. 3/14).

O pedido liminar foi deferido, em menor extensão, para que o paciente pudesse aguardar no regime aberto o julgamento deste *habeas corpus* (e-STJ fls. 43/47).

Os autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal, que se manifestou pela denegação da ordem (e-STJ fls. 54/58).

É, em síntese, o relatório.

Objetiva a defesa, na presente impetração, a aplicação da minorante em sua fração máxima, sob o argumento de ausência de fundamentação concreta para a não

concessão da benesse.

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 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 às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

O Tribunal *a quo* ao prover a apelação ministerial assim realizou o cálculo da pena (e-STJ fls. 37/38):

Passa-se à dosimetria das penas.

Na primeira fase, com base nas circunstâncias do art. 59 do Código Penal, observa-se que os réus ostentam bons antecedentes. Desta forma, fixo suas penas-base, no mínimo legal de 05 anos de reclusão e 500 dias-multa, no valor mínimo legal.

Fixadas as penas-base no mínimo legal, na segunda fase, inaplicável a atenuante da menoridade relativa, para Manoel Lucas e Renan, nos termos da Súmula 231 do STJ.

Na terceira fase, as reprimendas se mantêm, ante a ausência de causas de aumento ou diminuição de penas.

Frise-se que o benefício previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei n.11.343/06, por sua vez, não representa direito subjetivo dos acusados. O legislador, ao adotar a expressão "poderão", quis demonstrar, com todas as letras, que se trata de mera faculdade do Juiz sentenciante, que, na dosimetria da pena, tem, obrigatoriamente, de seguir a diretriz prevista no artigo 42 da referida lei, que demonstra como a pena deve ser aplicada.

Em outras palavras, se o legislador entendesse que a benesse acima mencionada era direito do réu, teria usado a palavra "deverão", oriunda do verbo "dever", que significa obrigação, necessidade, etc.

Assim, como o texto do artigo 33, § 4, da Lei de Tóxicos, está redigido que "as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços não há qualquer dúvida que a concessão do benefício depende do livre arbítrio do Juiz que, como já dissemos acima, tem de levar em consideração o artigo 59, caput, do Código Penal, e também o artigo 42, da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006.

Desta forma, tendo em vista a quantidade e tipo de droga (cocaína), o comportamento social e a ousadia dos réus, eles não fazem jus à diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, mesmo que primários. (Grifei.)

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 – **22,24g (vinte e dois gramas e vinte e quatro centigramas) de cocaína** – 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 dedicava-se a atividades criminosas ou integrava organização criminosa.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. VÍNCULO ESTÁVEL E PERMANENTE NÃO COMPROVADO. TRÁFICO DE DROGAS. MAJORANTES. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTE. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA REPRIMENDA. APLICAÇÃO. ABRANDAMENTO DO REGIME. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

5. Para a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas. Isso porque a razão de ser da referida minorante é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, ao cometer um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

6. A quantidade das drogas localizadas em poder do réu - cerca de 2g de maconha e 73g de cocaína - não se mostra excessivamente elevada a ponto de, por si só, levar à conclusão de que ele se dedica a atividades criminosas, notadamente quando verificado que, ao tempo do delito, era tecnicamente primário e possuidor de bons antecedentes (tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal).

[...]

10. Ordem parcialmente concedida, a fim de: a) absolver o réu do crime descrito no art. 35 da Lei n. 11.343/2006; b) reconhecer a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal, na fração máxima; c) readequar a reprimenda imposta ao paciente, de modo a torná-la definitiva em 3 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 222 dias-multa (HC 440.248/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 04/09/2018, grifei).

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).

Superior Tribunal de Justiça

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 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, 28 de novembro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator