

HABEAS CORPUS Nº 532.226 - SP (2019/0268754-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RUANIE CAMILE LOPES - SP310062
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCAS BOTELHO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de LUCAS BOTELHO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal n. 0000219-81.2018.8.26.0616.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, pelo Juízo de Primeiro grau, às penas de 5 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 562 dias-multa, pela prática do delito previsto no **art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006** (e-STJ fls. 173/181).

Inconformada, a defesa apelou e o Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso para reconhecer a incidência da atenuante da menoridade relativa, e redimensionar a pena para 5 anos de reclusão, e 500 dias-multa, mantido o regime inicial fechado (e-STJ fls. 311/330), em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. Materialidade e autoria comprovadas. Confissão extrajudicial corroborada pelos relatos seguros e coesos dos policiais civis, que flagraram o acusado em plena mercancia, a par de apreendidos invólucros contendo cocaína na forma de 'crack', quadro incompatível com a desclassificação da conduta para aquela prevista no artigo 28 da Lei de Tóxico. Condenação mantida.

Basilar timidamente estipulada em um oitavo acima do piso, inobstante quadro adverso representado pela palpável quantidade e intensa lesividade das drogas apreendidas a exigir maior incremento. Inteligência do artigo 42 da Lei nº. 11.343/06. Reconhecimento da menoridade relativa do agente, com o retorno da pena ao piso. Quadro negativo colidente com o privilégio descrito no artigo 33, § 4º, da mesma Lei

Superior Tribunal de Justiça

Extravagante, bem como com a substituição da corporal por restritivas de direitos, providência também inadmissível ante do montante da sanção.

Regime prisional fechado único adequado ao tráfico, além de a circunstância negativa anotada mostrar-se inconciliável com retiro menos severo. Precedentes.

Recurso parcialmente provido para reconhecer a menoridade relativa do apelante, com o redimensionamento da reprimenda.

No presente *writ* (e-STJ fls. 3/17), a impetrante sustenta que o paciente sofre constrangimento ilegal no cálculo dosimétrico de sua sanção, em virtude da exasperação da pena-base por fundamentação inidônea e de forma desproporcional, uma vez que se trata de pequena porção de cocaína apreendida, e as circunstâncias do delito não destoam da normalidade.

Insurge-se, ademais, contra o afastamento do redutor de pena, previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a despeito de apontar estarem presentes todos os requisitos para a concessão do benefício. Argumenta que *a natureza e a quantidade de entorpecentes já foram consideradas na fixação da pena-base, de molde que configura bis in idem considerá-las novamente para vedar a aplicação do referido redutor* (e-STJ fl. 10).

Uma vez reduzida a pena, defende que o paciente fará jus a regime inicial mais brando, nos termos da jurisprudência aplicável aos delitos de tráfico privilegiado, e à substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

Diante disso, requer, liminarmente, a expedição de alvará de soltura, para que o paciente possa aguardar em liberdade o julgamento deste *mandamus* e, no mérito, a fixação da pena-base no mínimo legal; a incidência do redutor de pena, previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração máxima; a aplicação do regime inicial diverso do fechado e a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

O pedido liminar foi deferido em parte, para assegurar ao paciente

o direito de aguardar no regime semiaberto o julgamento do presente *habeas corpus*, salvo se por outro motivo estiver preso ou cumprindo pena.

As informações foram prestadas, às e-STJ fls. 365/385 e 386/391, e o Ministério Público Federal, em parecer exarado às e-STJ fls. 393/395, opinou pela concessão parcial da ordem, para que seja fixado o regime inicial semiaberto.

É o relatório. **Decido.**

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

Conforme relatado, busca a impetrante, em suma, o redimensionamento da sanção do paciente ante a redução de sua pena-base e do reconhecimento do tráfico privilegiado e, por conseguinte, o abrandamento do seu regime prisional e a substituição da reprimenda.

I. Pena-base

Note-se, preliminarmente, que a legislação brasileira não prevê um percentual fixo para o aumento da pena-base em razão do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis, tampouco em razão de circunstância agravante ou atenuante, cabendo ao julgador, dentro do seu livre convencimento motivado, sopesar as circunstâncias do caso concreto e quantificar a pena, observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Ademais, cabe ressaltar que, em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre *in casu*, o juiz, ao fixar a pena, deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006, *in verbis*:

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com

preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Sob essas diretrizes, ao sentenciar o paciente e estabelecer sua pena-base, o Magistrado asseverou que (e-STJ fls. 177/25, grifei):

*A materialidade do crime previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06 encontra-se bem comprovada por meio do Auto de Prisão em Flagrante, pelo Boletim de Ocorrências, Auto de Exibição e Apreensão, pelo Auto de Constatação Preliminar e pelos Laudos de Exame Químico Toxicológico, cujos resultados foram positivos para Maconha e Cocaína. A autoria também é incontestada, diante da prova oral produzida, notadamente no depoimento claro e coerente dos Policiais que efetuaram a prisão em flagrante do denunciado. A **testemunha Amanda Pinheiro, policial civil, disse que estavam em patrulhamento em uma operação, no local dos fatos, conhecido como ponto de venda de drogas; visualizaram uma movimentação, pessoas abordando o acusado; no momento em que abordaram o réu ele estava com algumas porções de drogas; não conhecia o réu; o outro indivíduo que estava no local não foi abordado. A testemunha Kleber Messias, policial civil, disse estavam em patrulhamento, ocasião em que estavam em uma operação pelo local dos fatos, conhecido como ponto de venda de drogas em Brás Cubas; avistaram um local ermo em que o acusado estava sozinho parado, depois avistaram algumas pessoas se aproximando do réu e entregando algo a ele; o réu pegava objetos em uma moita; depois de algum período, decidiram abordar o réu e conseguiram apreender porções de drogas com ele e no local que ele buscava os objetos; ele residia próximo ao local; ele confessou a traficância; não conhecia o réu anteriormente. Em juízo, o acusado disse que são falsas as acusações; alega que estava apenas comprando drogas; na delegacia disse que foi agredido e foi ameaçado, razão pela qual teria dito que estava traficando. Nos delitos de tráfico de drogas, deve-se dar credibilidade aos depoimentos dos policiais, especialmente quando corroborados com os demais elementos do conjunto probatório, como é o caso em tela. Conforme Jurisprudência consolidada nos Tribunais Superiores, os depoimentos de Policiais merecem credibilidade, principalmente quando corroborada com os demais elementos do conjunto probatório colhidos à luz do princípio do contraditório. [...] A traficância ficou plenamente comprovada pela variedade,***

quantidade e forma com que os entorpecentes apreendidos estavam acondicionados. Nada há nos autos que infirme a versão dos policiais que efetuaram a prisão. Pelo contrário, os depoimentos foram firmes, seguros e corroboraram a versão por eles apresentada em solo policial. Não existem causas excludentes da ilicitude ou da culpabilidade. Assim, a condenação é medida de Justiça. 1ª Fase da Dosimetria Penal. Na primeira fase da dosimetria, atento ao disposto no artigo 59 do Código Penal, verifico que a natureza das drogas apreendidas, em especial no que diz respeito ao COCAÍNA, merece maior reprovação. Trata-se substância entorpecente que possui enorme grau de dependência e a sua distribuição acarreta grande nocividade para a saúde pública. Viola o princípio da individualização da pena a não valoração de tal circunstância no crime de tráfico quando a droga apreendida possui tal natureza. Assim, aumento a pena em 1/8, fixando-a em 05 anos, 07 meses e 15 dias de reclusão e 562 dias-multa.

Pela leitura do recorte acima, verifica-se que a pena-base do paciente foi exasperada em 1/8, com fulcro na quantidade e natureza do entorpecente apreendido – **oito invólucros plásticos contendo cocaína na forma de crack, com peso bruto 14,08 gramas e 2 gramas de cocaína** (e-STJ, fls. 27 e 30) –. Entretanto, reputo desarrazoado o incremento operado, porquanto a quantidade de droga não é expressiva a ponto de extrapolar o necessário à própria tipificação do crime.

Dessa forma, verifico a patente ilegalidade apontada pela impetrante, razão pela reduzo a pena-base do paciente para o patamar mínimo de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria da pena, a Corte paulista reconheceu a incidência da atenuante da menoridade relativa, todavia, a sanção permanece inalterada, por força da Súmula n. 231 desta Corte de Justiça.

II. Não incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Preliminarmente, cabe observar que, nos termos do art. 33, § 4º,

da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente **primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.**

O Magistrado negou ao paciente o reconhecimento do tráfico privilegiado, nos seguintes termos (e-STJ fl. 179, destaquei):

3º Fase da Dosimetria Penal. Na terceira fase, inexistem causas de diminuição de pena. A defesa pleiteou a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06. Tal pedido, porém, é totalmente descabido. Isto porque, o mencionado dispositivo legal exige que o agente não se dedique a atividades criminosas. Trata-se de causa de diminuição de pena que deve ser aplicada apenas àqueles traficantes ocasionais, que não exerçam atividade criminosa de modo organizado. No caso em tela, verifico que o réu não preenche qualquer destes requisitos. O acusado foi abordado em local bastante conhecido como ponto de venda de drogas, não sendo possível crer que ele estivesse exercendo a traficância nesse local apenas de modo eventual. Fixo a pena em definitivo em 05 anos, 07 meses e 15 dias de reclusão e 562 dias-multa.

A Corte estadual, por sua vez, ratificou o entendimento acima consignando que (e-STJ fls. 313/322, grifei):

Observe-se que o réu, na Delegacia, admitiu realizar o vil comércio naquele local havia dois dias, vendendo cada pedra de crack por R\$ 10,00. Disse, ainda, trazer consigo duas porções da droga, sustentando que o restante dos entorpecentes e a quantia de R\$ 40,00 apreendidos no "matinho" não lhe pertenciam (fls. 06). Em pretório, alterou a versão, agora negando a traficância. Alegou ter ido ao local comprar drogas, quando acabou detido pelos policiais, sustentando que as pedras apreendidas em seu poder destinavam-se ao próprio consumo. Acrescentou, ao final, ter sido agredido pelos policiais na Delegacia para confessar a traficância (fls. 154/155 e mídia digital).

[...]

Num outro enfoque, inconcebível a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/06,

concretizando-se a reprimenda, pois, no patamar antes especificado, unidade da pecuniária no piso, à mingua de outras causas modificadoras.

Aqui, imperioso ponderar que o denunciado, num primeiro enfoque, não demonstrou exercer função lícita de forma satisfatória (ao contrário, disse estar desempregado na Delegacia — fls. 06), detalhe apto a indicar ser a mercancia espúria a "profissão" ou meio de vida dele, daí a dedicação a atividade criminosa incondizente com a minorante em realce, lembrando ter LUCAS declinado extrajudicialmente realizar a espúria mercancia no local há dias, algo a revelar a habitualidade colidente com a benesse.

Pela leitura dos recortes acima, verifico que assiste razão à impetrante, haja vista que as instâncias de origem entenderam que o paciente se dedicava à atividade criminosa por ele *não haver demonstrado o exercício de função lícita*, além de haver admitido que *realizava o comércio naquele local havia dois dias, vendendo cada pedra de crack por R\$ 10,00* (e-STJ fl. 313). Todavia, os fatos de o paciente confessar que traficava há apenas dois dias e de não comprovar o exercício de atividade lícita não autorizam pressupor que ele seja um "traficante profissional" e que se dedique à atividade criminosa como meio de vida, em especial, considerando-se a quantidade de entorpecente apreendido em seu poder — *08 porções de crack com peso bruto de 14,08 gramas e 2 gramas de cocaína* (e-STJ fls. 27 e 30) —, vejam-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA QUE APLICOU A REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO NA FRAÇÃO MÁXIMA E FIXOU O REGIME INICIAL ABERTO. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CONCLUSÃO DE QUE O ACUSADO SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS BASEADA EXCLUSIVAMENTE NA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO E NA AUSÊNCIA DE OCUPAÇÃO LÍCITA. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. REGIME PRISIONAL. MOTIVAÇÃO GENÉRICA E ABSTRATA PARA O RECRUDESCIMENTO. PACIENTE PRIMÁRIO, COM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS E CONDENADO A PENA QUE NÃO EXCEDE 4 ANOS DE

RECLUSÃO. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. *Agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão que concedeu a ordem, de ofício, para aplicar o redutor do tráfico privilegiado na fração máxima de 2/3 e alterar o regime prisional para inicial aberto.*

2. *A reavaliação dos critérios jurídicos concernentes à utilização e à formação da convicção do julgador não requer o reexame probatórios. Note-se que a análise dos fatos e fundamentos expressamente mencionados no acórdão recorrido não constitui reexame do contexto fático-probatório, mas valoração jurídica dos fatos já delineados pelas instâncias ordinárias.*

3. *Esta Corte vem se manifestando no sentido de que isoladamente consideradas, a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido, por si sós, não são suficientes para embasar conclusão acerca da presença das referidas condições obstativas e, assim, afastar o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado (AgRg no REsp n. 1.687.969/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 26/3/2018).*

4. *De igual modo, a ausência de comprovação de exercício de trabalho ou emprego lícito não gera presunção de dedicação do paciente ao tráfico de drogas. Precedentes.*

[...]

6. *Agravo regimental não provido. (AgRg no HC n. 494.508/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 23/4/2019, DJe 10/5/2019)*

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. *Embora a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, possa denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas e, conseqüentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade de substâncias apreendidas em poder do acusado não é excessivamente elevada a ponto de se concluir que ele se dedica a atividades criminosas, notadamente quando verificado que, ao tempo do delito, era tecnicamente primário e possuidor de bons antecedentes e que, no contexto*

da prisão em flagrante, não foram apreendidos outros apetrechos destinados à traficância habitual.

2. O simples fato de o acusado não haver comprovado o exercício de atividade lícita 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, e não algo desejado.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC n. 507.057/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 4/6/2019, DJe 10/6/2019)

Dessa forma, tendo-se em conta a primariedade do paciente, seus bons antecedentes, e a ausência de demonstração de que ele se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa, reconheço o constrangimento ilegal em virtude da não incidência da minorante, que deve ser aplicada na fração máxima de 2/3, ficando sua reprimenda definitivamente estabilizada em 1 ano e 8 meses de reclusão, além de 166 dias-multa.

III. Regime de cumprimento de pena e substituição

Preliminarmente, cumpre ressaltar que, na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenação por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Sob essas diretrizes, o Magistrado fixou o regime prisional mais gravoso asseverando que *o regime inicial deve ser o fechado, em observância ao disposto no artigo 2º, 1º, da lei nº 8.072/1990, o qual estabelece o regime fechado para os crimes hediondos e os equiparados, bem como por ser o único apto a atender o binômio prevenção-repressão, dada que as condições*

judiciais plenamente desfavoráveis ao réu, notadamente no que diz respeito à quantidade de drogas e a chefia dentro de organização criminosa (e-STJ fls. 179/180).

A Corte paulista, por sua vez, asseverou que (e-STJ fls. 325/326, destaquei):

De resto, o regime fechado para início de cumprimento da privativa de liberdade é o único adequado ao tráfico, sem se ignorar que a circunstância adversa antes reportada, do mesmo modo, obstaculiza retiro menos severo (artigo 33, § 3º, do Código Penal).

Solução mais branda ensejaria sentimento de impunidade e incentivaria a prática de delito que há muito atormenta a população, decorrendo o retiro pleno também da maior severidade decorrente de dispositivo constitucional (artigo 5º, XLIII).

Isso, destaque-se, não representa mera opinião do julgador a respeito da gravidade do crime; a providência decorre, sim, de fato concreto facilmente constatado através de circunstância desfavorável (posse de palpável quantidade de drogas extremamente nocivas à higidez física ou psíquica da população), sem se ignorar o cometimento de infração penal de indiscutíveis gravidade e repercussão.

Como é cediço, em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistente a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal.

Ademais, consoante visto no primeiro tópico, a pena-base do paciente foi estabelecida no piso legal, haja vista a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, ficando a sanção definitivamente estabilizada em 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa. Desse modo, tendo em vista a quantidade de pena imposta, a primariedade do paciente e as circunstâncias judiciais favoráveis, bem como a ausência de gravidade concreta da conduta, deve ser-lhe conferido o

Superior Tribunal de Justiça

regime aberto, a teor do disposto nos arts. 33, §§ 2º, "c", e 3º, do Código Penal e no art. 42, da Lei n. 11.343/2006.

Pelas mesmas razões acima, reputo atendidos os requisitos objetivos e subjetivos para a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, nos termos do art. 44, I e III, do Código Penal.

Ante o exposto, com fulcro no art. 34, XX, do RISTJ, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem ex officio** para fixar as penas do paciente em 1 ano e 8 meses de reclusão, e 166 dias-multa, no regime inicial aberto, determinando, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a critério do Juízo das Execuções Penais.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal impetrado e ao Juízo de primeiro grau.

Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator