

HABEAS CORPUS Nº 543.287 - ES (2019/0328472-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ANA CRISTINA SILVA DE OLIVEIRA - ES2781964
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : JACIARA DOS SANTOS BELAU
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial com pedido liminar, impetrado em favor de JACIARA DOS SANTOS BELAU, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, no julgamento da Apelação Criminal n. 0002329-80.2016.8.08.0048.

Consta dos autos que a paciente foi condenada, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 5 anos, 1 mês e 15 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 500 dias-multa, pela prática do crime previsto no **art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006** (e-STJ, fls. 17/22).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi improvido (e-STJ, fls. 23/32), em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO

1. Não há que se absolver o acusado quando devidamente comprovadas a autoria e materialidade delitivas, seja por meio do laudo químico, seja por meio dos depoimentos policiais dos milicianos que participaram das diligências que culminou com a prisão do réu.

2. A condição de usuário não exclui a traficância. E, no caso julgado, o tráfico restou devidamente caracterizado, seja pelo flagrante realizado pelos policiais, sejam pelas circunstâncias do caso concreto, como o local em que se deu a venda (conhecido pelo tráfico), aliado à presença de certa quantidade de dinheiro, em típica situação de traficância.

3. *A jurisprudência dos Tribunais Superiores firmou o entendimento de que a existência de ação penal em curso é hábil a afastar o benefício do tráfico privilegiado.*

4. *Recurso desprovido.*

No presente *writ* (e-STJ fls. 3/12), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal à paciente, pois manteve sentença que exasperou a pena-base de forma indevida. Para tanto, afirma que *nenhuma das circunstâncias do art. 59 do CP foi negativamente avaliada, apenas a quantidade e a natureza da droga, mas que é absurdo aumentar a pena-base apenas pelo tipo da droga que fora apreendido, sendo muito gravoso à paciente*, motivo pelo qual *a pena-base deve ser mantida no mínimo legal* (e-STJ, fl. 6). Ademais, assevera que o incremento realizado foi excessivo e desproporcional.

De outra parte, entende que a paciente faz jus à minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, pois ela preenche todos os requisitos legais previstos para a incidência do benefício. No ponto, aduz que ações penais em curso não podem motivar a não aplicação do redutor.

Diante disso, requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para que a pena da paciente seja reduzida.

O pedido liminar foi indeferido, às e-STJ, fls. 57/59 e, por estarem os autos suficientemente instruídos, foi dispensado o envio de informações.

O Ministério Público Federal, em parecer exarado às e-STJ fls. 62/66, opinou pelo não conhecimento do *mandamus*.

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 da paciente, ante a redução de sua pena-base e o reconhecimento da modalidade privilegiada do tráfico.

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 premissas, ao sentenciar a paciente, a Magistrada consignou que (e-STJ fls. 17/21, grifei):

[...]

O Ministério Público na denúncia narrou que:

"[...]no dia 04 de fevereiro de 2016, por volta de 01 hora e 08 minutos, na Rua Florencio da Conceição, próximo ao "Bar da Loira", bairro Santo Antônio, Serra/ES - local conhecido pelas intensas atividades relacionadas ao tráfico de drogas - a Denunciada trazia consigo/transportava 60 (sessenta) pedras de substância entorpecente semelhante a crack - tudo destinado ao

consumo de terceiros, em atividade típica de tráfico de drogas, conforme descreve o auto de apreensão de f.13 e auto de constatação de f. 14.

Narra a peça informativa que policiais militares em patrulhamento preventivo avistaram no alto de uma laje, uma mulher, que ao notar a aproximação da guarnição policial se abaixou rapidamente, em uma clara tentativa de se esconder dos policiais. Ato continuo os policiais efetuaram a abordagem da Denunciada, sendo ordenado que a mesma levantasse e colocasse as mãos na cabeça, sendo que Jaciara não obedeceu e permaneceu com uma das mãos fechadas.

Posteriormente os policiais ordenaram que a Denunciada abrisse a mão, sendo reveladas 10 (dez) pedras de substância semelhante a crack - que foram apreendidas pelos militares - além da quantia de R\$30,00 (trinta reais) em espécie, divididas em notas fracionadas de pequeno valor - **PROVENIENTE DA ONSTENSIVA VENDA DE DROGAS**.

Aflora dos autos que ao realizarem buscas no local ocupado pela Denunciada (laje), os policiais apreenderam dois maços de cigarro, sendo que um deles continha o valor de R\$50,00 (cinquenta reais) em espécie - também proveniente da venda de drogas - e o outro ocultava 05 cargas de entorpecentes, cada uma delas com 10 (dez) pedras da mesma substância, totalizando 50 (cinquenta) pedras de crack.

Questionada a Denunciada afirmou ser proprietária das drogas ilícitas apreendidas em sua mão, bem como dos maços de cigarro apreendidos.[...]"

[...]

Como visto no depoimento da acusada ela afirma que as drogas apreendidas em sua posse era para consumo próprio e que a mesma estava junto com um colega consumindo as substâncias, porém no depoimento dos dois militares, ambos afirmaram que a mesma se encontrava sozinha no momento do flagrante. Vale ressaltar que foi apreendido a quantia de 60 pedras de substância conhecida como crack, 10 pedras em sua mão e nas proximidades 5 cargas com 10 pedras cada, além dos entorpecentes encontrados foi encontrado quantia de 30 reais fracionada em várias notas de baixo valor, a quantidade e a natureza e como estavam as drogas em circunstâncias que comprovam o tráfico ilícito de drogas.

Como se observa, os depoimentos dos militares são coerentes e harmônicos com os demais elementos que compõem o conjunto probatório e gozam de veracidade e idoneidade.

[...]

Passo à dosimetria da pena, dentro de um critério de proporcionalidade em estrita observância ao disposto no Art. 42 da Lei Federal nº 11.343/2006, e Arts. 59 e 68, todos do Código Penal, e no Art. 5º, inciso XLVI, da Constituição da República Federativa do Brasil.

DO CRIME TIPIFICADO NO ART. 33, "CAPUT", DA LEI Nº 11.343/2006.

A culpabilidade não ultrapassou os limites do tipo penal; os antecedentes são imaculados, não obstante pesar contra o denunciado condenação definitiva sem trânsito em julgado e outras ações penais em curso; não há provas negativas de sua conduta social e a personalidade não há como ser aferida, diante da ausência de elementos nos autos neste sentido; os motivos do crime não merecem valoração negativa, eis que circunscritos à obtenção de dinheiro por meio da venda dos entorpecentes, o que já é valorado pela norma penal em abstrato; as circunstâncias do fato não merecem valoração negativa eis que são inerentes ao próprio tipo; as consequências extrapenais não ensejam reprovação nesta etapa de aquilatação da pena; o comportamento da vítima - sociedade - é anódino. Por ultimo, vislumbro que a quantidade e a natureza da droga apreendida (Auto de Apreensão de folha 13) são elementos suficientes para elevar a pena base acima do mínimo legal, razão pela qual, fixo a pena base em 6 (seis) ANOS e 8 (oito) MESES DE RECLUSÃO E 522 (quinhentos e vinte e dois) dias-multa.

*Na segunda fase, incide a circunstância atenuante da menoridade penal motivo pelo qual, **FIXO A PENA INTERMEDIÁRIA EM 5 (CINCO) ANOS E 1 (UM) MÊS E 15 (QUINZE) DIAS DE RECLUSÃO E 500 (quinhentos).***

*Já na terceira fase de aplicação da pena, inexistem causas de diminuição, sobretudo o §4 , do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, conforme acima fundamentado, **TORNO EM DEFINITIVA A PENA EM 5 (CINCO) ANOS E 1 (UM) MES E 15 (QUINZE) DIAS DE RECLUSÃO E 500 (quinhentos), sendo cada dia multa no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época da prática do fato.***

Pela leitura do recorte acima, observa-se que a pena-base afastou-se 1/3 do piso legal, com base na natureza e quantidade do entorpecente apreendido – 60 pedras de crack (e-STJ fl. 17) –, fundamentação idônea e que se encontra em consonância ao já mencionado art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e à jurisprudência pacificada desta Corte Superior.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A MÚLTIPLA REINCIDÊNCIA E A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

– A quantidade, natureza e diversidade dos entorpecentes apreendidos constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas do delito de tráfico ilícito de entorpecentes.

– A fixação da pena-base acima do mínimo legal teve por fundamentos a grande quantidade de droga apreendida – 19,7 quilogramas de maconha – a qual se apresenta proporcional e adequada ao caso. Precedentes.

[...]

– Habeas corpus não conhecido. (HC n. 432.731/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 24/4/2018, DJe 7/5/2018)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. POSSIBILIDADE. DESPROPORCIONALIDADE. AUSÊNCIA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

2. Não se demonstra excessiva, desarrazoada ou ilegal a exasperação da pena-base em 2 anos pela valoração da vetorial negativa da grande quantidade de drogas apreendidas, aplicada dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.

3. Ademais, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, a exasperação da pena-base **não se dá por critério objetivo ou matemático**, uma vez que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador, desde que vinculada aos elementos concretos dos autos (AgInt no HC 352.885/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 09/06/2016), só podendo ser alterado o quantum de aumento na pena-base quando flagrantemente desproporcional.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 400.214/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 6/3/2018, DJe 14/3/2018)

Todavia, em que pese a referida circunstância desbordar do ordinário ao tipo penal violado, reputo desproporcional o incremento operado pelas instâncias de origem, de modo que a fração de aumento, por essa circunstância, deve ser redimensionada para 1/6. Passo, então, ao novo cálculo da dosimetria da pena da paciente.

Na primeira fase, aplico a fração de 1/6, de modo que a pena-base fica estabelecida em 5 anos e 10 meses de reclusão, e 583 dias-multa. Na segunda etapa, ausentes circunstâncias agravantes e incidente a atenuante da menoridade relativa, reduzo a sanção em 1/6, ficando a reprimenda da paciente provisoriamente balanceada em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

II. Da não incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na terceira fase da dosimetria

Inicialmente, 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 um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente **primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou**

integrarem organização criminosa.

Com efeito, verifica-se pela leitura do recorte transcrito no primeiro item, que o reconhecimento do tráfico privilegiado foi negado à paciente porque ela possui *outras ações penais em curso* (e-STJ, fl. 20), o que está em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior, que entende que é possível que ações penais em curso ou inquéritos policiais possam servir de indícios de envolvimento em atividades ilícitas ou em organização criminosa para negar o privilégio do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Ilustrativamente:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. PROCESSOS EM CURSO. PRECEDENTES. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PLEITOS PREJUDICADOS. AGRAVO NÃO PROVIDO.

– *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando as circunstâncias do delito permitem aferir que o agente se dedica a atividades criminosas.*

– *O Tribunal a quo, com base não apenas nas provas dos autos, mas também em virtude da existência de anotações de processos em curso, entendeu que o paciente se dedica a atividades criminosas, de forma que não foram atendidas as diretrizes exigidas para o reconhecimento do privilégio. Desconstituir tal assertiva demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do habeas corpus.*

– *A jurisprudência dessa Corte Superior pacificou o entendimento no sentido de que é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica às atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 (EREsp n. 1.431.091/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJe 1º/2/2017).*

– *Uma vez mantido o patamar de pena aplicada, estão*

prejudicados os pleitos de alteração do regime inicial, já fixado no semiaberto pelo Tribunal a quo, e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista a ausência de cumprimento do requisito objetivo, previsto no art. 44, I, do Código Penal.

– *Agravo regimental não provido.* (AgRg no HC n. 445.114/MS, rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 21/2/2019, DJe 1º/3/2019, grifei)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. POSSIBILIDADE DE AÇÕES PENAIS EM CURSO E DE INQUÉRITO POLICIAL SERVIREM DE INDÍCIOS DE ENVOLVIMENTO EM ATIVIDADES CRIMINOSAS OU EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA PARA NEGAR O REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CONSONÂNCIA COM A FIRME JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.

1. Não diverge da compreensão desta Corte o entendimento constante da decisão agravada de que é possível que ações penais em curso ou inquéritos policiais possam servir de indícios de envolvimento em atividades ilícitas ou em organização criminosa para negar o privilégio do redutor da pena.

2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 1.753.581/GO, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 9/4/2019, DJe 24/4/2019)

Dessa forma, não identifico nenhuma ilegalidade a ser sanada na negativa de reconhecimento do tráfico privilegiado à paciente, ficando sua reprimenda definitivamente estabilizada em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, ausentes causas de aumento ou de diminuição de pena.

Ante o exposto, com fulcro no art. 34, XX, do RISTJ, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem ex officio** para fixar a sanção da paciente em 5 (cinco) anos de reclusão, além de 500 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

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

Superior Tribunal de Justiça

Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator