

HABEAS CORPUS Nº 449.772 - SP (2018/0111856-4)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
GUSTAVO CABRAL NARCISO GIANETTE -
MG116415
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO
PACIENTE : RAPHAEL BANHETI DIOGO
OUTRO NOME : RAPHEL BANETI DIOGO

DECISÃO

RAPHAEL BANHETI DIOGO (ou Raphael Baneti Diogo) alega sofrer coação ilegal em decorrência de acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (Apelação Criminal n. 0000028-77.2014.8.26.0292).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 anos, 3 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, III, e à reprimenda de 4 anos de reclusão, mais multa, pelo cometimento do delito descrito no art. 35, *caput*, todos da Lei n. 11.343/2006.

A defesa pleiteia, por meio deste *writ*, a redução da pena-base ao mínimo legal, a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, o afastamento da majorante descrita no art. 40, III, da Lei de Drogas, a fixação do regime aberto e a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida e, diante da suficiente instrução dos autos, foi dispensada a solicitação de informações à autoridade apontada como coatora.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem, "apenas para que a pena-base relativa ao crime de tráfico de entorpecentes seja reduzida para patamar mais próximo do mínimo legal" (fl. 58).

Decido.

I. Pena-base

No que tange à pretendida redução da pena-base, cumpre salientar que a fixação da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, nos arts. 5º, XLVI, da Constituição Federal, 59 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal. Todos esses dispositivos remetem o aplicador do direito à individualização da medida concreta para que, então, seja eleito o *quantum* de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito perpetrado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar-se para as singularidades do caso concreto e, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no *caput* do art. 59 do Código Penal, as quais não se deve furtar de analisar individualmente. São elas: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; comportamento da vítima.

Contudo, não se pode olvidar que, tratando-se de crime previsto na Lei de Drogas – como ocorre na espécie –, o juiz deve considerar, ainda, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, bem como a personalidade e a conduta social do agente, a teor do estabelecido no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

No caso, o Tribunal de origem, ao dar provimento à apelação interposta pelo Ministério Público, assim fundamentou a fixação da pena-base acima do mínimo legal, *in verbis* (fl. 40):

O acréscimo à pena básica tem idônea e concreta motivação. Assim, à luz das péssimas circunstâncias judiciais (a personalidade desviada, a reprovabilidade da conduta, a intensidade do dolo, a elevada quantidade e a natureza da droga que seria comercializada, o risco a que se viu exposta a segurança pública), atendo o pedido da Promotoria de Justiça e, na forma do artigo 59 do Estatuto Repressor, em combinação com o artigo 42 da Lei de Drogas, fixo as penas-base, para cada qual, em metade acima do mínimo

legal, ou seja, em 7 anos e 6 meses de reclusão, mais o pagamento de 750 dias-multa, no piso.

Em relação à **personalidade**, a Corte estadual não apontou nenhum elemento concreto que, efetivamente, evidenciasse especial agressividade e/ou perversidade do agente, tampouco menor sensibilidade ético-moral, motivo pelo qual não há como subsistir a conclusão pela desfavorabilidade dessa circunstância judicial.

Na sequência, o Tribunal fez menção à reprovabilidade da conduta" e à "intensidade do dolo", sem, no entanto, haver mencionado elementos concretos que evidenciassem, de fato, a acentuada reprovabilidade do paciente pela conduta delituosa praticada, de maneira que deve ser afastado o aumento efetivado também nesse ponto.

Por fim, a Corte de origem salientou "a elevada quantidade e a natureza da droga que seria comercializada", a evidenciar que, nesse particular, atuou justamente em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Registro, por oportuno, que foram apreendidos 372,7 g de cocaína; 23,5 g e 33,4 g de crack; 17,34 g de maconha, além de vasto material para a embalagem das drogas e uma balança de precisão (fl. 21).

Assim, justamente porque verificada a inadequação parcial da análise das circunstâncias judiciais e porque remanescem desfavoráveis ao paciente a natureza e a quantidade de drogas, deve a ordem ser concedida nesse ponto, a fim de reduzir a pena-base, em relação ao crime de tráfico de drogas, de 7 anos e 6 meses de reclusão e pagamento de 750 dias-multa **para 5 anos e 6 meses de reclusão e pagamento de 550 dias-multa.**

Apenas ressalto que estou fixando o patamar acima em observância, basicamente, à proporção que foi estabelecida pela Corte de origem e por entender ser ele suficiente e necessário para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

II. Majorante prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006

O Tribunal de origem considerou devida a incidência da majorante prevista no inciso III do art. 40 da Lei de Drogas, com base nos seguintes argumentos (fl. 39):

Anoto que está plenamente justificada a incidência da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06, posto que, sem dúvida nenhuma, os acusados comercializavam drogas nas proximidades de uma escola e de um centro comunitário, local destinado a práticas esportivas e culturais, conforme laudo de fls. 114/137.

Para melhor análise da questão *sub examine*, transcrevo, por oportuno, o enunciado no referido dispositivo legal, *in verbis*:

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

[...]

III - a infração tiver sido cometida **nas dependências ou imediações** de estabelecimentos prisionais, **de ensino** ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, **culturais**, recreativas, **esportivas**, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

[...]

Sobre a causa especial de aumento de pena em questão, registro que este Superior Tribunal possui o entendimento de que, "Para a incidência da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006 é **desnecessária a efetiva comprovação de mercancia nos referidos locais**, sendo suficiente que a prática ilícita tenha ocorrido em **locais próximos, ou seja, nas imediações de tais estabelecimentos**, diante da exposição de pessoas ao risco inerente à atividade criminosa da narcotraficância. [...]" (HC n. 407.487/SP, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 15/12/2017).

Vale dizer, segundo a jurisprudência desta Corte, para o reconhecimento da majorante prevista no inciso III do art. 40 da Lei de Drogas, não é necessária a comprovação da efetiva mercancia nos locais elencados na lei, tampouco que a substância entorpecente atinja, diretamente, os trabalhadores, os estudantes, as pessoas hospitalizadas etc., **sendo suficiente que a prática ilícita ocorra nas dependências, em locais próximos ou nas imediações de tais localidades.**

A razão de ser dessa causa especial de aumento de pena é a de punir, com maior rigor, aquele que, nas imediações ou nas dependências dos locais especificados no inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006, dada a maior aglomeração de pessoas, tem como mais ágil e facilitada a prática do tráfico de drogas (aqui incluídos quaisquer dos núcleos previstos no art. 33 da citada lei), justamente porque, em localidades como tais, é mais fácil ao traficante passar despercebido à fiscalização policial, além de ser maior o grau de vulnerabilidade das pessoas reunidas em determinados lugares.

A corroborar essa interpretação, menciono o magistério de Guilherme de Souza Nucci, segundo o qual a incidência da majorante em comento justifica-se pelo fato de que, "quanto maior for a aglomeração de pessoas, mais fácil, ágil e disseminado torna-se a mercancia da droga" (*Leis Penais e Processuais Penais comentadas*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 282).

No mesmo norte, cito a doutrina de Renato Brasileiro Lima, segundo o qual "a justificativa para a existência desta majorante diz respeito à enorme facilidade de disseminação do consumo de drogas nesses locais em virtude da maior concentração de pessoas, o que acaba por representar maior risco à saúde pública." (*Legislação Criminal Especial Comentada*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 793).

Assim, uma vez evidenciado, com base nos elementos fático-probatórios amealhados aos autos, que o delito de tráfico de drogas foi perpetrado nas imediações ou nas proximidades de estabelecimento de ensino (escola de educação infantil – fl. 24) e de um centro comunitário, local destinado a práticas esportivas e culturais, mostra-se devida a incidência da majorante em questão.

III. Minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas

A Corte estadual assim fundamentou a impossibilidade de incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (fl. 41):

[...] exatamente como sustenta o *Parquet*, não há dúvida de que os réus foram indevidamente beneficiados com o reconhecimento do privilégio previsto no artigo 33,

parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06. Na espécie, os motivos que ensejam a não aplicação da causa de diminuição prevista na Lei de Drogas - quantidade de narcótico, forma de acondicionamento e a circunstância da prisão dos apelantes - são hígidos e suficientes para atestar o envolvimento de Silva e Rafael com a máquina que movimento o narcotráfico.

Com efeito, para a aplicação da minorante em comento, 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 causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 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.

A propósito, confira-se o seguinte trecho de voto deste Superior Tribunal: "Como é cediço, o legislador, ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida." (HC n. 437.178/SC, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 11/6/2019).

No caso, conforme visto, o Tribunal – dentro do seu livre convencimento motivado – apontou **elementos concretos** dos autos que evidenciam que **as circunstâncias em que perpetrado o delito em questão** não se compatibilizariam com a posição de um pequeno traficante ou de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a **atividades criminosas**, notadamente ao tráfico de drogas, motivo pelo qual não há como reconhecer a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Ademais, imperioso salientar que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o paciente não se dedicaria a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência, como cediço, vedada na via estreita do habeas corpus.

IV. Nova dosimetria

Em razão da modificação efetivada anteriormente, deve ser

realizada a nova dosimetria da pena. Na primeira fase, a reprimenda-base ficou estabelecida em 5 anos e 6 meses de reclusão e pagamento de 550 dias-multa. Na segunda etapa, não há nenhuma agravante ou atenuante. Na terceira fase, aumento a sanção em 1/6, em decorrência da majorante prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas, tal como efetivado pelas instâncias de origem, e, por conseguinte, **torno a pena do paciente, em relação ao crime de tráfico de drogas, definitiva em 6 anos e 5 meses de reclusão e pagamento de 641 dias-multa.**

Ressalto, por oportuno, que não houve nenhuma alteração no tocante à reprimenda aplicada em decorrência do crime de associação para o narcotráfico. Assim, fica mantida a pena do réu, em relação a esse ilícito, no patamar de 3 anos de reclusão e pagamento de 700 dias-multa (fl. 40).

Por conseguinte, uma vez reconhecido o concurso material de crimes, somo ambas as penas e, conseqüentemente, **torno a pena do réu definitiva em 9 anos e 5 meses de reclusão e pagamento de 1.341 dias-multa.**

V. Regime e substituição da pena

Por fim, diante do insucesso da tese defensiva que poderia levar à redução da reprimenda, ficam mantidas a imposição do regime inicial **fechado**, nos termos do art. 33, § 2º, "a", do Código Penal (sanção superior a 8 anos de reclusão), bem como a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em razão da ausência de cumprimento do requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal (sanção superior a 4 anos de reclusão).

VI. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **concedo parcialmente a ordem**, a fim de reduzir em parte a pena-base aplicada ao paciente e, por conseguinte, diminuir a sua reprimenda para 9 anos e 5 meses de reclusão e pagamento de 1.341 dias-multa, já considerado o concurso material.

Publique-se e intimem-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator