

HABEAS CORPUS Nº 554.857 - SP (2019/0385446-9)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CARLOS EDUARDO AFONSO RODRIGUES - SP226902
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THAWAN GONCALVES MENEZES DOS SANTOS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de THAWAN GONÇALVES MENEZES DOS SANTOS apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o réu foi condenado a 5 anos de reclusão, no regime inicialmente fechado, e teve negado o direito de recorrer em liberdade pela prática do delito inscrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 28/37), tendo em vista que guardava, para fins de traficância, **269 papелotes de cocaína pesando 56,4g (cinquenta e seis gramas e quatro decigramas) e mais 1,232kg (um quilo e duzentos e trinta e dois gramas) de maconha distribuídos em 54 porções** (e-STJ fl. 27).

Interposta apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 39):

Tráfico ilícito de entorpecentes. Apelação. Conjunto probatório suficiente para o reconhecimento da prática delitiva. Absolvição. Descabimento. Desclassificação da conduta. Inviabilidade. Pena motivadamente dosada, necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Sentença mantida. Recurso desprovido.

Daí o presente *writ*, no qual sustenta a defesa ilegalidade na dosimetria e da imposição do regime prisional mais gravoso.

Destaca que *"a quantidade e diversidade de drogas não pode servir de fundamento idôneo à rejeição da causa de diminuição de pena"* (e-STJ fl. 8) e reforça que, *"no artigo 33, § 4º, ao contrário, não se vê a menor possibilidade de endurecimento penal, apoiando-se na quantidade de droga, tendo em vista a ausência de previsão*

legal" (e-STJ fl. 10).

Acrescenta que *"a dedicação a atividades ilícitas ou a integração em organização criminosa não pode ser demonstrada pela quantidade/variedade de drogas apreendidas, sob pena de os conceitos se confundirem"* e afirma que *"é necessário que a decisão negatória do tráfico privilegiado se ampare em outros elementos de convicção, a fim de que não se faça, por via torta, dupla utilização de uma mesma circunstância contra o paciente, em nítida afronta ao princípio da legalidade"* (e-STJ fl. 10).

Assere, com isso, fazer jus o réu à aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em sua fração máxima.

Aduz que, apesar de a pena-base ter sido fixada no mínimo, foi estabelecido o regime prisional fechado com fulcro, apenas, na gravidade abstrata do delito, em patente afronta ao disposto nas Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e 440 desta Corte.

Por fim, alega que, com a readequação da reprimenda, caberá a substituição da custódia por medidas diversas da prisão, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Requer, liminarmente, que o paciente aguarde solto o julgamento deste *habeas corpus*. No mérito, postula a aplicação do pretendido redutor em grau máximo, com o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (e-STJ fls. 3/18).

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 53/54).

Informações prestadas (e-STJ fls. 57/83).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem, para que fosse aplicada a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 na fração de 1/2, com a fixação do regime intermediário para o cumprimento da sanção (e-STJ fls. 87/93).

É o relatório.

Decido.

Preliminarmente cumpre ressaltar que, 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.

No caso em tela, a dosimetria da pena e a fixação do regime prisional foram fundamentos na sentença condenatória nos termos abaixo transcritos (e-STJ fls. 34/35):

A confissão informal feita pelo acusado no momento de sua abordagem, ratificada pelas testemunhas em Juízo, a apreensão de objetos relacionados ao crime de tráfico (rádios comunicadores, caderno de anotações do tráfico e bases de rádios comunicadores), a quantidade e variedade de drogas encontradas em seu poder, o modo de acondicionamento das mesmas, bem como as circunstâncias em que se deram sua prisão, evidenciam que referidas drogas destinavam-se ao comércio ilícito.

No delito de tráfico (artigo 33, “caput”) e nas formas equiparadas (§ 1º) as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços desde que o agente seja primário, tenha bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

A natureza e quantidade das drogas apreendidas pode evidenciar que o réu se dedica habitualmente ao crime ou faz parte de organização criminosa e, nesses casos, ele não terá direito à redução de pena prevista no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06.

Esta é exatamente a hipótese que se vislumbra nos autos e, diante da exorbitante quantidade de drogas encontradas em poder do réu (269 papелotes de cocaína e 54 porções de maconha), fato este que demonstra o envolvimento do mesmo com atividades criminosas, certo é que o acusado não faz jus à aplicação da causa de diminuição de pena prevista em referida Lei [...]

O acusado é primário, não ostenta maus antecedentes e, em atenção aos critérios norteadores dos artigos 59 do Código Penal e 42 da Lei de Drogas, fixo-lhe a pena base em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, calculados no valor mínimo unitário.

Nos termos do artigo 65, inciso I do Código Penal, por ser o acusado menor de vinte e um anos à época do fato, reconheço a atenuante genérica da menoridade, entretanto deixo de aplica-la por já ter fixado a pena base do réu em seu mínimo legal.

Torno definitiva a pena aplicada.

O regime inicial de cumprimento de pena será o fechado, em razão da natureza hedionda do delito.

Já o Tribunal de origem assim se manifestou quanto aos temas (e-STJ fls. 44/48):

Incensurável a reprimenda imposta.

A pena-base partiu do mínimo legal e malgrado reconhecida, a atenuante da menoridade corretamente não repercutiu na dosimetria (Súmula n. 231, do Colendo Superior Tribunal de Justiça), assim tomando contornos definitivos, à míngua de outras causas modificadoras, de sorte que se estabilizou em 05 (cinco) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa mínimos.

Inviável a pretensa incidência da benesse prevista na Lei Antidrogas na última etapa.

O artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, estabeleceu a possibilidade de diminuição das penas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

Ocorre que, ao contrário do sustentado recursalmente, a quantidade, diversidade e natureza das drogas podem ser apreciadas para a incidência, maior ou menor, ou o arredamento do referido redutor, desde que não cumulativamente consideradas na valoração da pena [...]

Ora, é sabido que o legislador, ao editar a Lei n. 11.343/06, objetivou dar tratamento diferenciado ao traficante ocasional, representado por aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida, por merecer menor reprovabilidade e, conseqüentemente, tratamento mais benéfico do que o traficante habitual.

Em outras palavras, para a situação do mercador novato de pequena expressão, o chamado “traficante de primeira viagem”, como se pode qualificar aquele que possui “estoque” diminuto para negociar durante um curto período e, em regra, suprir o próprio vício é que a lei previu a benesse como forma de abrandar seu maior rigor punitivo.

A doutrina e a jurisprudência apontam situações caracterizadoras de atividades criminosas, tais como o fato de o agente estar respondendo a outros processos criminais, encontrar-se na posse de armas e apetrechos relacionados ao tráfico, como embalagens para porções individualizadas, balanças de precisão, ou, ainda, a quantidade e variedade das drogas apreendidas [...]

Com efeito, as circunstâncias fáticas aferidas concretamente no vertente caso, notadamente a quantidade e diversidade de entorpecentes (269 invólucros de cocaína 56,4g; e 54 porções de maconha 1,232 kg fls. 17; 54), assim como apreensão de rádio transmissor e anotações condizentes com a contabilidade do tráfico, não valoradas na primeira etapa da dosimetria, são inconciliáveis com a traficância ocasional, além de merecer maior reprovabilidade e rigor punitivo, a obstar, pois, a incidência do redutor especial.

Conserva-se o regime inicialmente fechado, porque mais adequado à espécie, aqui individualizado como necessário e suficiente para reprovação e prevenção da prática delitiva, tanto em razão do montante punitivo e por fundamento na Lei n. 8.072/90, com a redação dada pela Lei n. 11.464/07, quanto pelo desfavorecimento das aludidas circunstâncias judiciais e consequências fáticas concretamente recolhidas dos autos, especialmente, pela quantidade, natureza e variedade dos entorpecentes apreendidos, em observância aos artigos 33, §§ 2º e 3º, e 59, ambos do Código Penal, c.c. o artigo 42, da Lei n. 11.343/06.

Diante de tais peculiaridades desfavoráveis, analisadas à luz do caso concreto, não há se falar em ofensa às Súmulas 718 e 719 do Excelso Supremo Tribunal Federal, ou 440 do Colendo Superior Tribunal de Justiça.(Grifei.)

Delineada a situação fática, passo à análise das teses aviadas.

Aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006

De acordo com o aludido 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, **cumulativamente**, primário, portador de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Sob esse prisma, não vislumbro o alegado constrangimento ilegal, pois as instâncias ordinárias, como visto acima, não reconheceram a incidência da minorante com base não só na quantidade de droga apreendida – **56,4g (cinquenta e seis gramas e quatro decigramas) de cocaína e 1,232kg (um quilo e duzentos e trinta e dois gramas) de maconha**, além da apreensão de **rádio transmissor e anotações condizentes com a contabilidade do tráfico**, o que denota a sua habitualidade no comércio ilícito e sua dedicação a atividades criminosas, razão pela qual, em respeito aos critérios estabelecidos pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, foi excluída a possibilidade de aplicação do pretendido redutor.

Por outro lado, a desconstituição dos fundamentos adotados pelas instâncias ordinárias demanda ampla incursão no acervo fático-probatório dos autos, tarefa para a qual não se presta o *habeas corpus*. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PLEITO PELA CASSAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. VERIFICAÇÃO.

IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, é exigido do acusado que seja primário, tenha bons antecedentes, não integre organização criminosa e não se dedique a atividades delituosas.

2. A quantidade de drogas e os petrechos apreendidos, de per si, não firmam juízo de certeza acerca da dedicação do agente a atividades delituosas.

3. Tendo o Tribunal de origem afirmado que não há prova cabal acerca da dedicação do réu a atividades criminosas ou da sua integração à organização criminosa, para rever o entendimento, seria necessário o reexame fático-probatório dos autos.

4. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1764565/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 14/03/2019, grifei).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO SEMIABERTO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA EM PARTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 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 organizações criminosas.

3. Concluído pelas instâncias antecedentes que o paciente é habitual no comércio de entorpecentes, uma vez que ele foi surpreendido com 52 porções de cocaína e petrechos para o embalamento e venda de entorpecentes (balança de precisão, faca, tesoura e pedaços de sacos plásticos), a alteração desse entendimento - para fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva (HC 526.616/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2019, DJe 29/10/2019, grifei).

Fixação de regime inicial menos gravoso

Vê-se que o regime inicial foi fixado no fechado em razão das circunstâncias do delito, levando-se em consideração, especialmente, a quantidade, a natureza e a variedade dos entorpecentes apreendidos

Tal motivação, calcada em elementos concretos, é suficiente para permitir a fixação de regime inicial mais gravoso do que aquele definido pelas balizas restritas ao *quantum* de pena. Confira-se:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MINORANTE. NÃO APLICAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE E DIVERSIDADE. ENTORPECENTES APREENDIDOS. AGRAVO IMPROVIDO.

[...]

2. Fixada a pena em patamar superior a 4 anos e considerada a quantidade e a diversidade dos entorpecentes apreendidos, o regime inicial fechado é o cabível para o cumprimento da pena reclusiva. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1.831.274/MG, relator Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/11/2019, DJe 19/12/2019, grifei).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME INICIAL FECHADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O Tribunal de origem - 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.

2. Embora a Corte de origem haja feito breves considerações acerca da gravidade abstrata do delito, justificou a fixação do regime inicial mais gravoso também com base nas peculiaridades do caso analisado, notadamente na natureza, na quantidade e na diversidade de drogas apreendidas, circunstâncias que, de fato, autorizam a imposição de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da reprimenda aplicada.

3. Agravo regimental não provido (AgRg no HC 544.509/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/12/2019, DJe 11/12/2019, grifei).

Superior Tribunal de Justiça

Mantida a sanção originária, mostra-se inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, já que não preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

Ante todo o exposto, **denego o *habeas corpus***.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 24 de março de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator