

HABEAS CORPUS Nº 548.599 - SP (2019/0356966-0)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : PATRICIA MARYS DE ALMEIDA GONCALVES
ADVOGADO : PATRÍCIA MARYS DE ALMEIDA GONÇALVES - SP169686
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDUARDO FELIX DOS SANTOS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de EDUARDO FELIX DOS SANTOS apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 0001899-74.2016.8.26.0292).

Consta dos autos ter sido o paciente condenado à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime semiaberto, e ao pagamento de 250 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Na ocasião, foram apreendidos com o paciente **721g (setecentos e vinte e um gramas) de maconha** (e-STJ fl. 23).

Irresignada, a defesa ingressou com recurso, tendo o Tribunal de origem negado provimento ao apelo nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 60):

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO - Réu Kayo que se conforma com a condenação em relação ao delito da Lei de Armas e pede apenas a fixação do regime aberto - Não cabimento - Autoria e materialidade do delito comprovadas - Negativa dos réus isolada - Depoimentos dos policiais firmes, coerentes e sem desmentidos - Ausência de motivos para dúvidas acerca da veracidade de suas palavras - Pedido de desclassificação para o crime previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06, formulado pelo corréu Eduardo - Impossibilidade - Circunstâncias da apreensão que evidenciam a destinação à mercancia - Conjunto probatório suficiente para manter a condenação dos réus pelo tráfico - Penas e regime prisional fixados com critério e corretamente - Recursos desprovidos.

No presente *writ*, sustenta a impetrante que a motivação declinada pelas instâncias ordinárias para aplicar, na fração de 1/2, o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 é inidônea, asseverando que a quantidade de droga apreendida não é alta o bastante para justificar, por si só, a incidência da causa de diminuição em grau

diverso do máximo.

Aduz que o paciente faz jus à fixação do regime aberto, bem como à substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.

Busca, inclusive liminarmente, seja aplicada a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em seu grau máximo, fixando-se o regime menos severo e substituindo-se a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Liminar indeferida às e-STJ fls. 550/552.

Parecer ministerial pela denegação da ordem às e-STJ fls. 578/583.

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, assim foi fundamentada a dosimetria da pena pelo Tribunal de origem (e-STJ fl. 66/67):

As penas foram fixadas com critério e corretamente, não comportando reparo.

As bases, para o tráfico de drogas, foram estabelecidas no mínimo legal; sem alterações na etapa intermediária, mesmo presente a atenuante da menoridade relativa do réu Eduardo (cf. fls. 35/36 e artigo 65, inciso I, do Código Penal), visto que, como se sabe, as atenuantes genéricas, conquanto sempre diminuam as penas, não implicam, entretanto, em redução aquém do mínimo previsto na lei penal (cf. STF, RTJ 118/928; 104/736; RT 538/464 e TACrSP, Julgados 94/321), conforme se verifica, inclusive, do teor da Súmula 231 do STJ.

Na derradeira etapa, a pena foi diminuída na fração de 2/3 (dois terços) para Kayo e de 1/2 (metade) para Eduardo, observada a quantidade apreendida com cada um (97,22 gramas com Kayo e 712,95 gramas com Eduardo), pelo redutor do § 4º, do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, restando para eles a pena final de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, mais o pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no piso legal; e 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mais o pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no piso legal, respectivamente, para esse ilícito, à falta

de outras modificadoras.

Não há falar-se em maior redução da pena do acusado Eduardo, nem em substituição das carcerárias por restritiva de direitos, pleiteada pela defesa, já que, no meu ponto de vista, os réus foram até bastante beneficiados na dosimetria da pena, pois a expressiva quantidade de maconha apreendida em poder deles, também no meu entender, caracterizaria a dedicação ao tráfico, e, bem por isso, impediria a aplicação do privilégio.

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

Do percentual de diminuição pelo reconhecimento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006

Analizando o acórdão recorrido verifico que o *quantum* para a redução da pena pelo reconhecimento da causa especial prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 foi fixado de acordo com o quantitativo de droga apreendido em favor do paciente: **721g (setecentos e vinte e um gramas) de maconha.**

O acórdão está em pleno alinhamento com a jurisprudência desta Corte Superior de que a natureza/quantidade da droga apreendida tem o condão de modular o percentual de redução no reconhecimento do tráfico privilegiado. A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO PRIVILEGIADO. MACONHA. QUANTIDADE ELEVADA DE ENTORPECENTES. PRIMARIEDADE E AUSÊNCIA DE ANTECEDENTES. NOVA DOSIMETRIA REALIZADA NESTE SUPERIOR TRIBUNAL. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE.

[...] 3. Em relação à incidência do tráfico privilegiado, § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em função da quantidade de drogas apreendidas e condições favoráveis do agravado, entendo suficiente e adequado o percentual mínimo de redução de pena, qual seja, 1/6 (um sexto).

4. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.681.724/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 16/10/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO

PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DAS DROGAS UTILIZADAS PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DAS SUBSTÂNCIAS APREENDIDAS. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...] 2. A teor 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. Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do delito, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, para afastar a aplicação da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes. [...]

8. Habeas corpus não conhecido.

(HC 390.571/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017)

Do regime prisional mais gravoso

É importante observar que o Tribunal de origem manteve a fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena lastreado no seguinte fundamento (e-STJ fl. 67):

O regime inicial semiaberto, estabelecido na origem para ambos os delitos, era mesmo devido, em que pese o montante das reprimendas corporais aplicadas, porquanto a gravidade concreta de um dos delitos, evidenciada pela significativa quantidade de droga apreendida, que seria distribuída a inúmeros consumidores, denota maior periculosidade dos acusados, de forma a não autorizar a imposição de regime prisional mais brando (cf. artigo 33, § 3º, do Código Penal).

Pontuo que tal entendimento não afronta a firme compreensão desta Corte Superior de Justiça de que a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar o indeferimento da substituição das

penas e o recrudescimento do regime prisional. Seguem alguns precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO. DIREITO AO SEMIABERTO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto, nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, a natureza, a variedade e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a imposição do regime mais severo e para o indeferimento da substituição das penas. Precedentes.

[...]

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 340.902/SP, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 16/03/2017.)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. NÃO CABIMENTO. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA ESTABELECID ABAIXO DE 4 ANOS DE RECLUSÃO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO.

1. Não há constrangimento ilegal na negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com fundamento na gravidade concreta do delito, indicada pela Corte local em razão da quantidade considerável de droga apreendida (298,2 gramas de maconha).

[...]

3. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de estabelecer o regime inicial aberto de cumprimento da pena. (HC 374.975/SP, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 06/12/2016.)

No mesmo sentido, o parecer ministerial (e-STJ fl. 49):

Acrescente-se que há posicionamento pacificado no sentido de que a quantidade de droga apreendida (1518 invólucros de cocaína, 774 trouxinhas de maconha e 350 invólucros de crack), e a sua natureza são motivos suficientes para a fixação do regime prisional fechado.

Superior Tribunal de Justiça

Tal o contexto, **denego a ordem de *habeas corpus***.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 23 de março de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator