

HABEAS CORPUS Nº 567.645 - SP (2020/0071787-7)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CASSIANO FERNANDES PINTO DE CARVALHO -
SP330412
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HEITOR HUGO FERNANDES DE OLIVEIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ILEGALIDADE FLAGRANTE. NEGATIVA FUNDADA NA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA (26,4 G DE *CRACK*). IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO DA PENA QUE SE IMPÕE, COM A CONSEQUENTE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL MAIS BRANDO E SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

Ordem concedida liminarmente nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de **Heitor Hugo Fernandes de Oliveira** – condenado como incurso no crime de tráfico de drogas às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e 500 dias-multa, ao portar **26,4 g de crack** –, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação criminal n. 0008910-02.2018.8.26.0320/SP), que negou provimento à apelação ali interposta pelo ora paciente, ao manter a condenação imposta pelo Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da comarca de Limeira/SP (Ação Penal n. 0008910-02.2018.8.26.0320/SP).

Alega a impetrante, em síntese, que o paciente adimpe os requisitos indispensáveis à concessão da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Postula, então, a concessão liminar da ordem para que seja aplicada a referida causa especial de diminuição da pena da Lei Antidrogas, substituindo-se a privativa de liberdade por restritiva de direitos e fixando-se o regime inicial mais brando para cumprimento de pena.

É o relatório.

A ordem merece ser liminarmente concedida.

O Juízo sentenciante, corroborado pelo acórdão *a quo*, majorou a pena imposta ao paciente, ao considerar que se dedicava a atividades criminosas, e afastou o tráfico privilegiado disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, mediante a seguinte fundamentação (fls. 51 e 52 – grifo nosso):

[...] Passo, pois, à dosimetria da reprimenda penal.

As circunstâncias judiciais dos artigos 59, do Código Penal, e 42, da Lei n. 11.343/2006, são desfavoráveis ao réu, em virtude da grande quantidade de entorpecentes, devendo a pena-base partir acima do mínimo legal, em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Na segunda fase de dosimetria, não há agravantes ou atenuantes.

Na terceira fase, afasto a causa de aumento do artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas, ausente prova cabal de que o réu estava se valendo da proximidade do centro comunitário para vender drogas. Nesse sentido:

[...]

Deixo de reconhecer a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em face da elevada quantidade de entorpecentes apreendida, o que é fator indicativo de que o acusado faz do comércio espúrio seu meio de vida, já que dificilmente poderia comercializar tal quantidade de drogas, caso fosse iniciante.

Nesse contexto, torna-se definitiva a pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Em virtude da ausência de prova da condição econômica do acusado, fixo a pena de multa no valor unitário mínimo.

O regime inicial será o fechado, a teor do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, pois se trata de crime equiparado a hediondo, em decorrência da quantidade de pena aplicada e das circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou a concessão do sursis, pois ausentes os requisitos legais, não sendo ainda recomendáveis, em face da gravidade em concreto do delito.

Ante o exposto e o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE EM PARTE a pretensão acusatória para o fim de, com fundamento no artigo 33, coput, da Lei n. 11.343/2006, CONDENAR o réu HEITOR HUGO FERNANDES DE OLIVEIRA à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo, a ser corrigido desde a época do fato.

[...]

Na espécie, a meu ver, as instâncias de origem **não** lograram fundamentar de maneira idônea a negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (HC n. 343.290/SP).

Da atenta análise dos autos, observa-se que a hipótese tratou de pequena quantidade de entorpecente (**26,4 g de crack**) e, em decorrência, com o devido respeito à

proporcionalidade, *deve incidir a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em sua fração máxima, alcançando as penas o montante de 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa* (HC n. 480.783/RJ, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 14/2/2019).

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA MINORANTE TENDO POR BASE A NATUREZA E A QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA, ISOLADAMENTE CONSIDERADAS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS A INDICAREM EVENTUAL DEDICAÇÃO DO RÉU ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS OU SER ELE INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE DEMANDARIA O REEXAME DA PROVA DOS AUTOS. MEDIDA VEDADA PELA SÚMULA 7 DESTE STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Conforme precedentes desta Corte Superior, a natureza e a quantidade da droga apreendida constituem variáveis que podem validamente ser consideradas para embasar conclusão no sentido de efetiva dedicação às atividades criminosas por parte do réu ou, até mesmo, de ser ele integrante de organização criminosa, contanto que outros elementos de prova constantes dos autos evidenciem tais condições, em conjunto com as mencionadas vetoriais. Todavia, 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.

2. No caso dos autos, em que pese a natureza mais gravosa e a expressiva quantidade do entorpecente apreendido (5 kg de cocaína), a Corte de origem, soberana na análise do conjunto fático-probatório, concluiu que inexistiriam elementos outros a indicar eventual dedicação do acusado a atividades criminosas, bem assim que a tese da acusação vinculando o réu a organização criminosa encontrava-se no mero plano da suposição, uma vez que nem mesmo a existência da suposta organização criminosa seria certa.

3. Diante de tal moldura, o acolhimento da pretensão recursal demandaria, necessariamente, o reexame da prova dos autos, medida incompatível com a via do recurso especial, por força da Súmula 7 desta Corte.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.430.893/MS, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 4/10/2017)

Logo, afigura-se viável acolher-se a pretensão, porquanto a suposta dedicação do paciente a atividades criminosas, nos moldes apresentados pelas instâncias ordinárias, **não** ficou demonstrada.

Igualmente: HC n. 399.833/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura,

Sexta Turma, DJe 24/8/2017.

Nesse contexto, reconhecida a ilegalidade dos fundamentos adotados pelas instâncias ordinárias, cabe o redimensionamento da pena.

Com efeito, com base nos critérios norteadores da aplicação da dosimetria – arts. 42 e 43 da Lei n. 11.343/2006 e art. 59 do Código Penal –, na primeira fase, mantêm-se as penas no patamar mínimo de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, em razão da primariedade técnica do paciente, e, além disso, as demais circunstâncias judiciais não indicam maior reprovação na conduta delitiva (fls. 49/52).

Na segunda fase, inexistem agravantes ou atenuantes (fls. 49/52).

Logo, mantenho em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa (fls. 47 e 48).

Em atenção ao princípio da concretude, já na terceira fase, o paciente, preenchendo os requisitos do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 – agente tecnicamente primário (sentença condenatória e acórdão impugnado não indicaram a existência de antecedentes criminais), que não se dedica a atividades criminosas e não integra organização criminosa – faz jus à diminuição da pena no patamar máximo 2/3, já que o referido conjunto probatório comprovou que foi reduzida a quantidade de entorpecente apreendido (**26,4 g de crack**) e, também, a primariedade do paciente, tudo a justificar a diminuição das penas no mencionado patamar, de modo que passam a ser de **1 ano e 8 meses de reclusão, e 166 dias-multa, as quais se tornam definitivas em razão da ausência de outras causas capazes de alterá-las.**

Fixada a pena-base no mínimo legal e tendo em vista a primariedade do paciente, fixo o **regime inicial aberto** para início de cumprimento da pena, bem como substituo a privativa de liberdade por duas restritivas de direitos a serem implementadas pelo Juízo da Execução Penal.

Ante o exposto, **concedo liminarmente** a ordem para aplicar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à condenação imposta ao paciente na Ação Penal n. 0008910-02.2018.8.26.0320/SP, do Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da comarca de Limeira/SP, resultando a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, e

Superior Tribunal de Justiça

166 dias-multa, no regime inicial aberto, substituída a privativa de liberdade por duas restritivas de direitos a serem implementadas pelo Juízo da Execução Penal.

Comunique-se com urgência.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 24 de março de 2020.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator