

HABEAS CORPUS Nº 528.593 - SP (2019/0248792-1)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
IMPETRANTE : CICERO SALUM DO AMARAL LINCOLN E OUTRO
ADVOGADOS : JOSE MAURICIO CAMARGO - SP292417
CÍCERO SALUM DO AMARAL LINCOLN - SP319219
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOÃO OLIVEIRA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de JOÃO OLIVEIRA apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 0000653-45.2017.8.26.0571).

Os autos dão conta de que o paciente foi condenado, por infração aos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/2016, às penas, respectivamente, de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e de 3 (três) anos, 3 (três) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, a serem inicialmente cumpridas em regime fechado, e ao pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) e 770 (setecentos e setenta) dias-multa (e-STJ fls. 70/78).

Consta que o paciente, juntamente com um corréu, foi surpreendido com **5 porções de LSD; 3 porções de ecstasy; 0,15g (quinze centigramas) de haxixe; 7,5g (sete gramas e cinco decigramas) de crack; 17g (dezessete gramas) de cocaína; 6,9g (seis gramas e nove decigramas) de maconha; bem como grande quantidade de dinheiro (R\$ 1.350,00), cuja origem lícita não ficou comprovada, uma balança de precisão, eppendorfs vazios, anotações alusivas à contabilidade do comércio da droga e um rádio “HT” na frequência da polícia** (e-STJ fl. 61).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, que lhe deu parcial provimento para absolver o paciente e o corréu Abdoral "*da acusação de terem infringido o artigo 35, caput, da Lei 11.343/06, e para redimensionar a pena de João Oliveira para 5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, mais o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no mínimo legal, mantida, no mais, a respeitável sentença apelada, por seus próprios e jurídicos fundamentos*" (e-STJ fls. 67/68 – acórdão sem ementa).

No presente *writ*, a defesa almeja a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, afirmando, para tanto, que *"entendeu-se pela dedicação as atividades criminosas, ao simples fato da existência da apreensão de drogas e apetrechos com ele recolhidos. No entanto, deve-se levar em conta que todo esse material restou apreendido em um único contexto delituoso, sem qualquer comprovação de anterior cometimento de tráfico. Tanto é, que a Corte de origem afastou a imputação do art. 35 da Lei de drogas. Dessa forma, a assertiva de que o paciente se dedicava a atividades criminosas não é respaldada em elementos concretos extraídos dos autos, partindo de mera presunção lançada pelas instâncias ordinárias, destituída de base empírica idônea"* (e-STJ fls. 14/15).

Alega que *"a quantidade de drogas, bem como os materiais e instrumentos com ela apreendidos denotam um único contexto delitivo, pois nada se provou relativamente a atividade preterida desse crime por parte dos acusados. E tudo isto em um contexto em que o paciente e corréu são primários e sem antecedentes criminais. Se o sujeito é reincidente ou tem maus antecedentes, pode-se supor que se dedique à atividade criminosa. Todavia, sendo primário, com bons antecedentes, como é o caso do paciente e corréu ABDORAL TELES DE MEDEIROS, não há cabimento em se imaginar e conjecturar a dedicação a tal tipo de atividade ilícita"* (e-STJ fl. 15).

Reclama, ainda, que a fixação do regime fechado para o início de cumprimento da pena foi estabelecido sem nenhum fundamento concreto e idôneo, sustentando que, *"a partir do julgamento do apelo, a pena-base retomou ao patamar mínimo por inexistência de circunstâncias desfavoráveis e mesmo assim restou imposto o regime inicial da pena mais gravoso que o quantum da sua pena, em tese, sugere"* (e-STJ fl. 26).

Assevera que *"o título condenatório - referendado pelo Tribunal de Justiça local - não apresentou fundamentação idônea que justificasse a fixação do regime inicial mais gravoso, já que lastreada na mera opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime, o que se afigura inadmissível, por contrastar com as Súmulas nºs 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, aparenta-se um contrassenso ter sido a pena-base do paciente fixada no patamar mínimo legal, por*

inexistência de motivos hábeis à sua majoração, e, ao mesmo tempo, ter sido assentado o regime mais gravoso em torno de proposições não cogitadas na primeira fase da dosimetria. Se foram favoráveis aos pacientes as diretrizes do art. 59 do Código Penal para a fixação da pena no mínimo legal, não há razão para não os favorecer também na fixação do regime. Em inequívoca conclusão, como se vê, tem-se claramente que as instâncias ordinárias incidiram na situação ilegal vedada pela Súmula 440 dessa Corte Superior, que assim dispõe: 'Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito'" (e-STJ fls. 27/28).

Por isso, requer, liminarmente, a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em sua máxima fração (2/3) e a fixação do regime aberto como o de início de cumprimento da pena ou, subsidiariamente, que o paciente aguarde no regime semiaberto o julgamento do presente *habeas corpus*.

No mérito, requer "*seja ratificada a liminar, tornando-a definitiva e concedendo-se a ordem para reconhecer, definitivamente, em favor do paciente, a redução da pena na fração máxima (dois terços), e, conseqüentemente, o regime inicial da pena no modo aberto, bem como a conversão da sua pena corporal, estabelecida, em restritivas de direitos; ou, caso não tenha-se adotado tais medidas, pede-se a concessão da ordem para que o paciente cumpra definitivamente sua reprimenda em regime inicial semiaberto, forte no art. 33, § 2º, alínea 'c', e § 3º, do Código Penal*" (e-STJ fls. 49/50).

Pleiteia, ainda, que os efeitos da decisão proferida na presente impetração sejam estendidos ao corréu Abdoral Teles de Medeiros, o qual se encontra em situação fático-processual idêntica à do ora paciente.

Liminar indeferida às e-STJ fls. 99/103.

Informações prestadas.

Parecer ministerial pela denegação da ordem (e-STJ fls. 158/161).

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 na sentença condenatória (e-STJ fl. 75):

A) Quanto ao Réu JOÃO OLIVEIRA. A.1) Quanto ao crime previsto no art. 33, caput, da Lei de Drogas: Na primeira fase, diante da profissionalização demonstrada pelas variedades de drogas custodiadas, maconha, cocaína e o danoso crack, além de pontos de LSD, a quantia de R\$1.350,00 e a utilização de veículo para subsidiar as vendas, elevo em 1/10 a pena-base, aqui a estabelecendo em 05 anos e 06 meses de reclusão e 550 dias-multa, cada qual no mínimo legal, à míngua de elementos que indiquem a capacidade econômica do acusado. Na segunda fase, ausentes agravantes ou atenuantes, mantenho inalterada a pena. Na terceira fase, reputo descabida a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, uma vez que o agente resta aqui condenado concomitantemente pela prática de associação para o tráfico, fato incompatível com o benefício legal, além do que, a profissionalização já mencionada na fase primeira, indica que o acusado fizesse desse comércio ilícito o seu meio de vida. A.2) Quanto ao crime previsto no art. 35 da Lei de Drogas. Na primeira fase, diante da profissionalização demonstrada pelas variedades de drogas custodiadas, maconha, cocaína e o danoso crack, além de pontos de LSD, a quantia de R\$1.350,00 e a utilização de veículo para subsidiar as vendas, elevo em 1/10 a pena-base, aqui a estabelecendo em 03 anos, 03 meses e 18 dias de reclusão e 770 dias-multa, cada qual no mínimo legal, à míngua de elementos que indiquem a capacidade econômica do acusado. Na segunda fase, ausentes agravantes ou atenuantes, mantenho inalterada a pena. Na terceira fase, ausentes causas especiais ou gerais de aumento ou diminuição de pena, torno definitiva a reprimenda retro.

Já o Tribunal de origem ofertou os seguintes fundamentos (e-STJ fls.

63/66):

Dosimetria.

Quanto ao tráfico, para João: a pena-base foi fixada em 1/10 acima do mínimo legal, em conta das circunstâncias do crime, indicativas de profissionalização, e, assim, à míngua de causas modificadoras, foi tornada definitiva: 5 anos e 6 meses de reclusão, mais, 550 dias-multa, no piso.

Não era caso de recrudescimento da base. A mesma circunstância (profissionalização) não pode, a um só tempo, justificar a majoração da pena-base e impedir, ou relativizar, a redução da reprimenda em relação ao artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, sob pena de bis in

idem, ficando, pois, postergadas para a derradeira etapa da dosimetria.

Incensurável o não reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. A grande variedade de drogas traficadas (LSD, cocaína, maconha, crack e haxixe) em síntese com o fato de que os acusados contavam com um imóvel destinado à traficância, destaca-se, equipado com balança de precisão, eppendorfs vazios, também um rádio “HT” na frequência da polícia, não se olvidando da vultosa quantia em dinheiro apreendida (R\$1.350,00 fls. 22), cuja origem lícita não se comprovou, bem evidenciam a profissionalização dos acusados na comercialização de estupefacientes, o que se traduz por dedicação à atividade criminosa, critério impeditivo do privilégio.

Em suma, estabelecida a base no mínimo Tocante reductor, a fim de evitar repetição desnecessária, retomo os fundamentos expostos na dosimetria do corrêu para determinar a manutenção do não reconhecimento do privilégio.

Quanto ao estabelecimento do regime prisional fechado, incabível e inadequado seu abrandamento: a conduta apenada é a de ter em depósito LSD, haxixe, crack, cocaína e maconha. As naturezas dos entorpecentes apreendidos, mormente o crack e a cocaína, revelam a especial reprovabilidade delitiva, já que tais substâncias têm alto poder viciante e destrutivo à saúde humana, em relação a outros entorpecentes sobre cuja comercialização recai a mesma conduta delitiva.

Ainda, que eram comercializados, concomitantemente, seis tipos de entorpecentes, e tal variedade evidentemente demonstra o maior alcance da conduta, na medida em que o réu visava atingir ampla gama de usuários, de diversos tipos de drogas, demonstrando, também nesse contexto, a grande extensão da ofensa ao bem jurídico protegido. Demonstrada, portanto, a grande extensão da ofensa ao bem jurídico protegido.

legal e mantido o afastamento do reduto, fica a pena de João redimensionada para 5 (cinco) anos de reclusão, mais 500 (quinhentos) dias-multa, no piso.

Quanto ao tráfico, para Abdoral:

foram consideradas as mesmas circunstâncias judiciais apontadas para o corrêu, no entanto, em face das peculiaridades de sua situação, foi estabelecida a pena-base no mínimo legal e, assim, à míngua de causas modificadoras, tornada definitiva: 5 anos de reclusão, mais 500 dias-multa, no piso.

Nada se altera quanto à reprimenda de Abdoral, porquanto estabelecida com observância do princípio da individualização da pena, caso em que o magistrado sentenciante anotou “Todavia, na situação específica de Abdoral, necessário considerar que se trata de cidadão de atuais 45 anos, que até então não apresentava envolvimento com a criminalidade, sendo convincente a versão que se infere do interrogatório prestado em solo policial, e complementada pelos depoimentos dos militares, a partir da confissão informal que dele ouviram, no sentido de que estava há uns

dias na casa de João, daí resultando que, sem teto específico, e em situação de vulnerabilidade em relação ao comparsa, acabou cooptado para as atividades de tráfico e associação para o tráfico, razão pela qual estabeleço a sua pena no mínimo legal (...)” (fls. 433). Ademais, não houve insurgência ministerial.

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 primário, portador de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

A razão de ser do chamado tráfico privilegiado, de que trata o citado dispositivo, consiste em punir com menor rigor o "traficante de primeira viagem", vale dizer, aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida.

A propósito, confira-se a seguinte lição:

Cuida-se de norma inédita, visando à redução da punição do traficante de primeira viagem, o que merece aplauso. Portanto, aquele que cometer o delito previsto no art. 33, caput ou § 1º, se for primário (indivíduo que não é reincidente), vale dizer, não cometeu outro delito, após ter sido definitivamente condenado anteriormente por crime anterior, no prazo de cinco anos, conforme arts. 63 e 64 do Código Penal) e tiver bons antecedentes (sujeito que não ostenta condenações definitivas anteriores), não se dedicando às atividades criminosas, nem integrando organização criminosa, pode valer-se da pena mais branda. (In Lei penais e processuais penais comentadas. Guilherme de Souza Nucci. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 358-359).

Na espécie, o colegiado local, ao proceder à dosimetria da pena do delito de tráfico ilícito de drogas, afastou o benefício do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, diante da quantidade dos entorpecentes apreendidos.

Entretanto, penso que o fato de o paciente ter sido encontrado na posse de 5 porções de LSD; 3 porções de ecstasy; 0,15g de haxixe; 7,5g de crack; 17g de cocaína; 6,9g de maconha; bem como de grande quantidade de dinheiro (R\$ 1.350,00), cuja origem lícita não ficou comprovada, uma balança de precisão, eppendorfs vazios, anotações alusivas à contabilidade do comércio da droga e um rádio “HT” na frequência da polícia não tem o condão de afastar o benefício por completo.

Não se olvida, outrossim, da reiterada orientação desta Corte de que a quantidade e a natureza da droga, associadas ao contexto em que se deu a sua apreensão, podem evidenciar a dedicação à atividade criminosa. Contudo, na espécie, entendo que a quantidade de entorpecente apreendida não se mostra suficiente para se concluir pela dedicação do paciente à atividade criminosa, à míngua de outros elementos indicadores de tal situação, razão pela qual entendo que o paciente faz jus à minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, mas na fração de 1/2, em razão da variedade de drogas apreendidas.

A propósito, confira-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI 11.343/2006. AFASTAMENTO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. ACUSADOS SEM OCUPAÇÃO LÍCITA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. RESTABELECIMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA ESTABELECIDNA NA SENTENÇA. REGIME PRISIONAL FECHADO E VEDAÇÃO À APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA DEFERIDOS, POIS PRESENTES OS REQUISITOS LEGAIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

- Não há como manter a fundamentação utilizada pelo Tribunal de origem, que afastou a figura do tráfico privilegiado sob a tese de que os pacientes dedicam-se às atividades criminosas pelo fato de não exercerem atividade lícita, pois estavam desempregados à época dos fatos. Ademais, a quantidade da droga apreendida (13 cápsulas de cocaína, pesando 9,9 gramas), apesar de nociva, não foi tão elevada a ponto de indicar, juntamente com as circunstâncias do delito, a dedicação dos acusados às atividades ilícitas.

- É de ser mantida a fração redutora de 1/2 aplicada pelo sentenciante, pois, no caso, a natureza da droga apreendida - cocaína - constitui critério idôneo para impedir a aplicação do redutor em sua fração máxima, mas a sua diminuta quantidade - 9,9g - revela a necessidade da manutenção da fração intermediária.

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para restabelecer a sentença que fixou a pena em 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, modificar o regime de cumprimento da pena para o aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

(HC 313.899/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016, grifei).

Passo, assim, à readequação da dosimetria da pena do delito de tráfico ilícito de drogas, mantendo os parâmetros adotados nas instâncias ordinárias.

Na primeira fase, a pena-base é mantida no mínimo legal.

Nada a valorar na segunda fase.

Na terceira fase, presente a causa de diminuição encartada no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, visto que se trata de réu primário, e considerando a variedade das drogas apreendidas, reduzo a pena pela metade, resultando, assim, em uma reprimenda final de **2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e o pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa**, estes pelo mínimo unitário legal.

Reduzida a reprimenda definitiva para 2 anos e 6 meses de reclusão, passo à análise do regime prisional.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, por ofender a garantia constitucional de individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal). Afastou, dessa forma, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e dos demais delitos a eles equiparados.

Em tal contexto, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente

Superior Tribunal de Justiça

apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

Nesse tear, diante dos parâmetros acima, dada a quantidade de pena aplicada, fixa-se o **regime aberto** para o início do cumprimento da pena.

Preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução Penal.

À vista de tais pressupostos, acolho integralmente o parecer e **concedo a ordem** para aplicar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/2 e, assim, reduzir a reprimenda para **2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e o pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa**, bem como fixar o regime inicial aberto de cumprimento de pena e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem estipuladas pelo Juízo da Execução Penal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de abril de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator