



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 541044 - SP (2019/0315295-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUCAS AKIRA PASCOTO NISHIKAWA - SP309668
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PALOMA MARTINS (PRESO)
CORRÉU : KAUANE CAROLINA DE SIQUEIRA
CORRÉU : HENRIQUE JULIO FERREIRA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PLEITOS DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006, FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA RECLUSIVA POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS FUNDAMENTARAM A INAPLICABILIDADE DA MINORANTE E DO REGIME MAIS BRANDO EM RAZÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS DA PRÁTICA DELITIVA, NOTADAMENTE A QUANTIDADE, NATUREZA E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS (73 INVÓLUCROS CONTENDO **96,6G** DE **COCAÍNA**, 31 INVÓLUCROS CONTENDO **70,7G** DE **MACONHA** E 23 PORÇÕES COM **9,3G** DE **CRACK**). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. REQUISITO DO ART. 44, INCISO I, DO CP, NÃO PREENCHIDO. ORDEM DENEGADA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de PALOMA MARTINS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação Criminal n.º 0072918-22.2018.8.26.0050.

Consta dos autos que a Paciente foi condenada às penas de **6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão**, em regime inicial **fechado**, e 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, como incurso no **art. 33, caput**, c. c. o art. 40, inciso VI, ambos da Lei n.º 11.343/2006 (fl. 36), pois foi surpreendida, juntamente com outros indivíduos, com "**73 invólucros contendo cocaína (96,6g), 31 invólucros contendo 'maconha' (70,7g) e 23 porções de 'crack' (9,3g)**" (fl. 33).

Inconformada, a Condenada interpôs recurso de apelação, que foi parcialmente provido pelo Colegiado de origem a fim de redimensionar a pena para "**5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa mínimos, mantida, no mais, a respeitável sentença de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos**" (fl. 92, sem

grifos no original.).

Neste *writ*, a Impetrante sustenta, em suma, que a Paciente preenche todos os requisitos para a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

Defende que não foi apresentada fundamentação idônea para fixar o regime prisional fechado, sendo "*cabível o regime inicial semiaberto, ou aberto, se acolhido o pedido referente ao tráfico privilegiado*" (fl. 12).

Alega que estão presentes os pressupostos para a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Requer, em liminar, a fixação do regime aberto até o julgamento final do *writ* e, no mérito, a concessão da ordem "*a fim de que seja reduzida a pena base para o seu mínimo, aplicada a redutora do 'tráfico privilegiado', alterado o regime inicial de cumprimento da pena para o aberto, com base no art. 33, § 2º, c, do CP, e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos*" (fl. 21).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 107-112).

Foram prestadas informações às fls. 121-146 e 159-168.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (fls. 172-177).

É o relatório.

Decido.

O Colegiado de origem, ao dar parcial provimento ao apelo defensivo, dosou a pena nos seguintes termos (fls. 85-92, sem grifos no original):

"Passo à análise das reprimendas impostas.

*As penas-bases de **Paloma** e **Kauane** foram fixadas no **mínimo legal e ficam assim mantidas.***

[...]

*Na segunda etapa, não foram reconhecidas agravantes ou atenuantes quanto a **Kauane** e foi reconhecida a confissão espontânea de **Paloma**, sem redução de suas penas, já fixadas no mínimo, à luz do que dispõe a Súmula n.º 231 do C. STJ.*

[...]

*Na derradeira etapa, foi corretamente reconhecida a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei n.º 11.343/2006. Contudo, o incremento das penas em 1/3 se afigura excessivo, razão pela qual reduzo o patamar de aumento para o mínimo legalmente previsto, qual seja, 1/6, mais proporcional à participação comprovada de uma só adolescente, o que resulta nas penas de 6 anos, 6 meses e 22 dias de reclusão e 655 dias-multa para **Henrique** e **5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa para **Paloma** e **Kauane**.***

E não era mesmo o caso de aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, isto é, o reconhecimento do crime de tráfico dito privilegiado, com relação a qualquer dos acusados, vez que o benefício, por expressa disposição legal, aplica-se somente àqueles que não se dediquem às atividades criminosas.

Deveras, as circunstâncias que cercaram a prisão em flagrante dos apelantes, que foram detidos na companhia de adolescente, com considerável quantidade e diversidade de entorpecentes (70,7g de maconha, 96,6g de cocaína e 9,3g de crack), já prontos para a venda, aliados à apreensão de balança de

precisão, anotações relativas ao tráfico e dinheiro em espécie, no interior do veículo de Kauane, demonstram que não se trata de traficância inédita que pudesse qualificar os apelantes como “traficantes de primeira viagem” ou “pequenos traficantes” (aquele que comercializa pequena quantidade de drogas, apenas para sustento do próprio vício ou subsistência básica), mesmo porque não se obtém tal monta, variedade e tipo de entorpecente em qualquer canto de uma biqueira, muito menos se confia tal quantidade de droga a alguém que não tenha alcançado o mínimo de confiabilidade dentro da cadeia do tráfico. Veja-se:

[...]

Assim, as penas ficam consolidadas em 6 (seis) anos, 6 (seis) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão e 655 (seiscentos e cinquenta e cinco) dias-multa mínimos para Henrique; e 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa mínimos para Paloma e Kauane.

O regime inicial de cumprimento de pena, fixado no fechado, não comporta alteração.

*De proêmio, não se ignora a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 111.840/ES, em que declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (com a redação trazida pela Lei nº 11.464/07), que determinou o fechado como o regime inicial de cumprimento de pena nas condenações por tráfico ilícito de entorpecentes. Contudo, tal decisão, além de ter sido tomada incidenter tantum, afastou a constitucionalidade da norma que impunha ao juiz a OBRIGATORIEDADE de imposição do regime fechado ao delito em testilha. A tal se limitou, com a observação de que deve o magistrado adotar as regras da individualização da pena e aplicação, inclusive, do disposto no artigo 33 e parágrafo 3º do Código Penal. Em outras palavras, **tal julgado NÃO VEDOU a aplicação de regime mais rigoroso, se as circunstâncias do caso concreto assim recomendarem, segundo as regras gerais da individualização da pena.***

*Em assim sendo, para além da reincidência de Henrique, a devida reprovabilidade para a atuação de todos os réus, concretamente aferida dos elementos dos autos, não permite o abrandamento do regime prisional. **Veja-se que as circunstâncias da apreensão dos entorpecentes e a gravidade concreta da conduta reprimida, que envolveu adolescente e a apreensão de 73 porções de cocaína (96,6g), 31 porções de maconha (70,7g) e 23 porções de crack (9,3g), além de R\$ 44,00 em espécie, balança de precisão e anotações relativas ao tráfico,** colocam em perigo grande número de consumidores e tornam acessíveis drogas de efeitos extremamente deletérios a pessoas que àquelas não teriam alcance se encontrassem maior dificuldade em sua aquisição, o que demonstra a intensidade da violação do bem jurídico protegido, e evidencia a necessidade da adequada resposta penal, mesmo porque o tráfico de entorpecentes é o grande mal da sociedade contemporânea, que faz adoecer, de forma grave e muitas vezes irreversível, parte expressiva da população, instiga e propicia a prática de vários outros delitos, até mais graves, vitima a juventude e prejudica o seu desenvolvimento, desagrega as famílias e os relacionamentos e multiplica a indigência.*

Aliás, nesse sentido já se pronunciou o C. Supremo Tribunal Federal, no HC 133.308/SP, de Relatoria da Min. Carmen Lucia, j. 19/3/2016: 'A valoração negativa da quantidade e da natureza da droga representa fator suficiente para a fixação de regime inicial mais gravoso'.

Incabível, até pelo montante punitivo, superior a quatro anos, além da reincidência de Henrique, a concessão de sursis ou de substituição das penas corporais por restritivas de direitos, benesses previstas a delitos de menor potencial ofensivo, e não a crimes hediondos ou equiparados. Há de se ressaltar, ainda, que a natureza e gravidade concreta do delito de tráfico de entorpecentes, acima destacados, impedem a aplicação das penas alternativas. Além da frontal incompatibilidade com o regime prisional adequado, não se reconhece como preenchidos os requisitos cumulativos do artigo 44, do Código Penal, na medida em

que se evidencia insuficiente a substituição punitiva e suspensão da pena à vista do grau de reprovabilidade da conduta."

Verifica-se que foi apresentada fundamentação idônea para afastar a causa especial de diminuição de pena do crime de tráfico, porquanto as instâncias ordinárias ressaltaram as circunstâncias da prática delitiva e a quantidade, natureza e variedade de entorpecentes apreendidos – *"as circunstâncias da apreensão dos entorpecentes e a gravidade concreta da conduta reprimida, que envolveu adolescente e a apreensão de 73 porções de cocaína (96,6g), 31 porções de maconha (70,7g) e 23 porções de crack (9,3g), além de R\$ 44,00 em espécie, balança de precisão e anotações relativas ao tráfico"* (ibidem).

Cito os seguintes precedentes desta Corte Superior de Justiça:

"1. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que é possível afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, com base na quantidade e natureza das drogas apreendidas, bem como em razão de circunstâncias da prática delitiva. Nesse sentido: HC 537.916/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 03/12/2019; AgRg no HC 533.945/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2019, DJe 09/12/2019.

2. No caso, o Colegiado local apresentou fundamentação idônea ao negar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, porquanto citou a apreensão de "62 (sessenta e dois) invólucros plásticos, contendo, aproximadamente, 41,6g (quarenta e uma gramas e seis decigramas) de cocaína; e 98 (noventa e oito) micro tubos plásticos, do tipo 'eppendorfs', contendo, aproximadamente, 29,6g (vinte e nove gramas e seis decigramas) de cocaína, na forma popularmente conhecida como 'crack'", bem como citou outras circunstâncias, como o fato de que o Paciente 'admitiu estar realizando a mercancia espúria há alguns dias', que revelam sua dedicação às atividades criminosas.

3. Não é possível afastar a conclusão das instâncias de origem quanto à dedicação do ora Paciente à atividade criminosa, pois necessitaria de aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, o que, como é sabido, afigura-se inviável na estreita e célere via do habeas corpus. Precedentes.

4. O regime prisional mais gravoso foi fundamentado, igualmente, em razão da quantidade e natureza das drogas apreendidas, que estavam embaladas em "mais de uma centena e meia de porções" (ibidem), o que, de acordo com a jurisprudência desta Corte, se revela idôneo.

5. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 549.367/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2020, DJe 16/03/2020; sem grifos no original.)

"- Nos termos do art. 33, § 4º, 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 organização criminosa.

- Não foram atendidas as diretrizes previstas para o reconhecimento do privilégio, uma vez que a Corte paulista reconheceu expressamente que o paciente não se tratava de traficante eventual e que se dedicava a atividades criminosas, não apenas em virtude da quantidade e nocividade do entorpecente apreendido - 87 pinos de cocaína, pesando cerca de 65,10 gramas (e-STJ fls. 15/16) -, mas também devido à sua forma de acondicionamento e à expressiva quantia em dinheiro apreendida - R\$ 1.810,00 -, tudo isso aliado às denúncias anônimas que o apontavam como um traficante que atuava como "disque-entregas" de

entorpecentes, no local da apreensão das drogas (e-STJ, fl. 19).

- O regime mais gravoso foi justificado na gravidade concreta do delito, consubstanciada na quantidade e nocividade do entorpecente apreendido - 87 pinos de cocaína, pesando cerca de 65,10 gramas (e-STJ fls. 15/16) -, tanto que a pena-base foi exasperada em 1/6 acima do piso legal, o que está em harmonia com a jurisprudência pacificada desta Corte Superior. Precedentes.

- As pretensões formuladas pelo impetrante encontram óbice na jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, sendo, portanto, manifestamente improcedentes.

- Agravo regimental não provido." (AgRg no HC 543.526/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 11/02/2020, DJe 14/02/2020, sem grifos no original.)

"1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, possua bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e não integre organização criminosa.

3. No caso em análise, com base na grande quantidade de droga apreendida, o Tribunal de origem concluiu que o paciente dedica-se à atividade criminosa.

4. 'Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto esta Corte Superior de Justiça firmaram o entendimento de que a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas ou mesmo a sua integração em organização criminosa.' (HC 373.523/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe de 21/08/2018.) 5. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 538.925/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019; sem grifos no original.)

Ademais, não é possível afastar a conclusão das instâncias de origem quanto à dedicação da ora Paciente à atividade criminosa, pois necessitaria de aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, o que, como é sabido, afigura-se inviável na estreita e célere via do *habeas corpus*. Nesses termos:

"4. Quanto ao tráfico ilícito de entorpecentes, reconhecida a impossibilidade de incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão das evidências concretas de que o paciente se dedicava à atividade criminosa, adotar conclusão diversa demandaria a incursão em aspectos fático-probatórios, providência que é incabível nesta via estreita. " (HC 325.085/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 12/04/2018; sem grifos no original.)

O regime prisional mais gravoso foi fundamentado, igualmente, em razão das circunstâncias da prática delitiva, notadamente a quantidade, natureza e variedade das drogas, o que, de acordo com a jurisprudência pacífica desta Corte, se revela idôneo.

Confira-se:

"3. É cabível a fixação de regime mais gravoso que a regra, qual seja, o fechado, com base na gravidade concreta do delito de tráfico, evidenciada na

apreensão de grande quantidade de entorpecente - 4,45 gramas de maconha e 97,13 gramas de cocaína." (AgRg no HC 505.814/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2019, DJe 18/10/2019, sem grifos no original.)

"II - 'a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a valoração negativa da quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constitui fator suficiente para o recrudescimento do regime prisional e para negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos' (HC n. 488.755/SP, Quinta Turma Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 15/03/2019). Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 511.913/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE, QUINTA TURMA, julgado em 22/10/2019, DJe 29/10/2019; sem grifos no original.)

"2. A quantidade e a qualidade da droga apreendida podem ser consideradas tanto para afastar a incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas como para estabelecer o regime prisional mais gravoso ao sentenciado, nos termos do entendimento remansoso desta Corte Superior.

3. Na espécie, estabelecida a sanção em patamar superior a 4 anos e inferior a 8 anos de reclusão, o relevante montante do entorpecente apreendido é fator suficiente para a fixação do modo de cumprimento fechado. 4. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 536.742/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 28/11/2019; sem grifos no original.)

"quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar tanto a imposição do regime mais severo, quanto o indeferimento da substituição das penas. Precedentes." (AgRg no HC 534.965/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 03/02/2020; sem grifos no original.)

"IV - Ressalto que, mesmo nas hipóteses de pena-base no mínimo legal, é possível agravar somente o aspecto qualitativo da reprimenda (regime) para se chegar a uma resposta suficiente à reprovação e à prevenção do delito." Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 506.372/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2019, DJe 25/06/2019; sem grifos no original.)

Por fim, não está preenchido o requisito previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal, para a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Ante o exposto, DENEGO A ORDEM de *habeas corpus*.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de abril de 2020.

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora