

**HABEAS CORPUS Nº 527.758 - SP (2019/0243839-0)**

**RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**  
**IMPETRANTE : ALAN ARAUJO NUNES**  
**ADVOGADO : ALAN ARAUJO NUNES - SP369870**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : ABDORAL TELES DE MEDEIROS**  
**INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de ADDORAL TELES DE MEDEIROS 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 incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, ao cumprimento da pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no mínimo legal, e, por incurso no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, ao cumprimento da pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, no mínimo legal.

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 e 6,9g (seis gramas e nove decigramas) de maconha, bem como grande quantidade de dinheiro (R\$ 1.350,00), cuja origem lícita não foi 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. 23).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, que lhe deu parcial provimento para absolver o paciente e o corréu *"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 fl. 13).

# Superior Tribunal de Justiça

No presente *writ*, a defesa almeja a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a alteração do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Liminar parcialmente deferida às e-STJ fls. 50/56.

Informações prestadas.

Parecer ministerial pela concessão parcial da ordem (e-STJ fls. 181/187).

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 fls. 36/37):

*B) Quanto ao Réu ABDORAL TELES DE MEDEIROS. B.1) Quanto ao crime previsto no art. 33, caput, da Lei de Drogas: 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, a pena mereceria acréscimo. Todavia, na situação específica de Adboral, 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, razão pela qual estabeleço a sua pena no mínimo legal, 05 anos de reclusão e 500 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. B.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, a pena mereceria acréscimo. 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, razão pela qual estabeleço a sua pena no mínimo legal, em 03 anos e 700 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. O regime de cumprimento para ambos os Réus e condenações, será o inicial fechado, único adequado para indivíduos que se envolvem com a espécie de crime, equiparado a hediondo, verdadeiro flagelo social, a comprometer estruturas familiares e ensejar a prática de outros ilícitos, mais graves, tais quais roubos e homicídios. Descabidas substituição ou suspensão da pena, não só pela gravidade do contexto, quanto pela quantidade de pena imposta.*

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

27/28):

*Quanto ao tráfico, para Abdoral:*

*foram consideradas as mesmas circunstâncias judiciais apontadas para o corréu, 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.*

*Tocante redutor, 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.*

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 e portador de bons antecedentes e 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 e 6,9g de maconha, bem como grande quantidade de dinheiro (R\$ 1.350,00), cuja origem lícita, como dito, não foi comprovada, uma balança de precisão, *ependorfs* 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 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, uma vez que se trata de réu primário, razão pela qual, 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 pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa**, estes no 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.

# *Superior Tribunal de Justiça*

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 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 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