



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2023.0000167890

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2293783-62.2022.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é paciente ALEF VINICIUS DO NASCIMENTO ARAUJO e Impetrante GUILHERME GIBERTONI ANSELMO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: concederam a ordem, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FIGUEIREDO GONÇALVES (Presidente) E ANDRADE SAMPAIO.

São Paulo, 7 de março de 2023.

ALBERTO ANDERSON FILHO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Habeas Corpus nº 2293783-62.2022

Impetrante: Guilherme Gibertoni Anselmo

Paciente: Alef Vinícius do Nascimento Araújo

Autoridade Coatora: Juízo da 5ª Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto

Voto nº 25126

HABEAS CORPUS – *Tráfico de drogas*
– *Insurgência quanto à dosimetria da pena e regime prisional* – *Pena e regime modificados*
– *Causa de redução de pena cabível* –
Abrandamento do regime prisional - Ordem concedida.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Guilherme Gibertoni Anselmo, em favor de **Alef Vinícius do Nascimento Araújo**, alegando estar sofrendo ilegal constrangimento por parte do Juízo da 5ª Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto.

Em breve síntese, o impetrante sustenta que a busca pessoal realizada no Paciente não decorreu de justa razão.

Alega, ainda, que o Paciente foi condenado, contudo, a sentença não levou em consideração o cabimento dos benefícios do § 4º, do artigo 33, da Lei Antidrogas, bem como deixou de aplicar regime prisional menos rigoroso, sem motivação idônea.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Pugnou pela concessão da liminar para reconhecer e declarar a desproporcionalidade da manutenção do decreto de prisão preventiva, pois ausentes os requisitos da custódia cautelar, concedendo, ao Paciente, o direito de apelar em liberdade e submeter-se a medidas cautelares distintas da prisão. No mérito, requereu seja reconhecida e declarada a “ilegalidade” da revista pessoal e busca veicular, concedendo-se a ordem a fim de que seja trancada a ação penal originária, declarando e reconhecendo a ilicitude das provas e de todas as derivadas, previstas no artigo 319, do CPP.

A liminar foi indeferida (fls. 77/80) e a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento parcial da impetração e, nesta parte, pela denegação da ordem (fls. 84/92).

O v. acórdão foi julgado e a Turma Julgadora denegou a ordem (fls. 94/97).

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, contudo, determinou que este Tribunal de Justiça apreciasse o mérito do presente *habeas corpus* no que se refere à dosimetria da pena e a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, afastando o entendimento de que a via eleita não é adequada (fls. 102/112).

Houve pedido de reconsideração (fls. 115) e este Relator, diante da determinação do Colendo STJ, deferiu a liberdade provisória ao Paciente (fls. 116).

É o relatório.

Em que pese a questão da dosimetria da pena e da fixação de regime prisional pertencerem ao mérito da ação penal e, data vênia, não ensejarem conhecimento por esta via, analisaremos a insurgência conforme determinação superior.

Consta dos autos que no dia 18 de maio de 2022, no estacionamento do estabelecimento Leroy Merlin, o Paciente foi surpreendido transportando e trazendo com ele 3,104 quilogramas



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de “maconha”, distribuídas em 03 tijolos e 03 porções, bem como que no mesmo dia, horário e local, Luís Fernando também transportava 1,809 quilogramas de maconha, distribuídas em 02 tijolos.

Sobreveio a instrução e o Paciente foi condenado a cumprir pena de cinco (05) anos de reclusão, no regime fechado, por infração ao artigo 33, “caput”, da Lei Antidrogas.

A sentença assim justificou a não aplicação da causa especial de redução de pena:

“Na terceira fase entendo que não é ocaso de se conceder o benefício previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06. Em atenção ao referido dispositivo legal, para a concessão do benefício é imprescindível examinar a presença, cumulativa, de todos os requisitos previstos no citado §4º, quais sejam primariedade, bons antecedentes e a circunstância do agente não se dedicar a atividades criminosas, nem integrar organização criminosa. Nos presentes autos, restou demonstrado que o réu se dedicava à atividade criminosa, pois foi contratado por traficante para transportar grande quantidade de drogas o que demonstra que contava com a confiança dos donos da droga, o que não condiz com a situação do pequeno traficante eventual que pretende a legislação beneficiar com a redução. Além disso, não é crível imaginar que traficantes iniciantes e eventuais tivessem em seu poder elevada quantidade de droga, como a apreendida em poder do réu;



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ademais, os réus estavam transportando a droga juntos, e viajavam em dois veículos para dividir a droga e evitar que, eventual abordagem, toda a droga fosse apreendida, o que demonstra não se tratar de traficante inicial. Nesse sentido: Com efeito, ante a necessidade de individualização da pena criminal e sua aplicação de modo proporcional, é natural que o redutor previsto no § 4º do aludido artigo 33 fique reservado às situações de menor ofensividade, como são aquelas em que se verifica que o agente comercializa drogas menos “pesadas”, em pequena quantidade, apenas para sustentar o próprio vício ou de modo eventual, atuando de modo pouco incisivo na emancipação da toxicomania, o que não se vislumbra no caso em apreço (TJ/SP, Apelação Criminal 0001408-08.2017.8.26.0576, rel. Des. Dr. Otávio Rocha, julgado em 24/07/2019).

PENAL.AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DEDIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. INAPLICABILIDADE.DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA EVIDENCIADA. REGIME PRISIONAL MAISGRAVOSO (FECHADO). CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MODOADEQUADO. AFASTAR CARÁTER HEDIONDO. PLEITO



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PREJUDICADO. DETRAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Nos termos 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. 2. Concluído pelas instâncias antecedentes, com fulcro nos elementos constantes dos autos e no fato de registrar atos infracionais análogos ao tráfico de entorpecentes, que o agravante se dedica ao tráfico de drogas, a alteração desse entendimento para fazer incidir a minorante da Lei de Drogas enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes. 3. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o registro de atos infracionais é elemento idôneo para afastar a figura do tráfico privilegiado, quando evidenciar a propensão do agente a práticas criminosas. Precedentes. 4. Embora o agente seja primário e a pena reclusiva tenha sido fixada em patamar inferior a 8 anos de reclusão, o regime fechado mostra-se adequado para o início do cumprimento das sanções impostas,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

diante da aferição desfavorável de circunstância judicial (quantidade e natureza de entorpecente), nos termos dos art. 33 do CP c.co art. 42 da Lei n. 11.343/2006. 5. Estabelecida a sanção em patamar superior a 4 anos de reclusão, é inviável a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, ante a ausência de preenchimento de requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal). 6. Fica prejudicado o pleito de afastamento do caráter hediondo do delito, pelo não reconhecimento da redutora do tráfico privilegiado. 7. Noticiado o trânsito em julgado da ação penal, caberá ao Juízo de execução penal averiguar a possibilidade de estabelecimento de regime mais brando diante do desconto do período em que o agravante permaneceu preso preventivamente. 8. Agravo regimental não provido. (STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 573.149/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 02/06/2020), ressaltei. Saliento que não caracteriza bis in idem a valoração da quantidade de droga nas duas fases da dosagem da pena, pois além de haver fundamento legal para a consideração de tal circunstância em ambas as fases (artigo 42 e 33, § 4º, ambos da Lei de Drogas), também possuem finalidades distintas. Nesse sentido: Consigne-se, neste ponto, que não há que se



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

falar que a dupla consideração da quantidade da substância configuraria bis in idem, pois a valoração dessa circunstância nas duas fases da dosimetria encontra fundamento legal e tem finalidades diversas. Na primeira fase da dosimetria da pena, a quantidade dos entorpecentes é considerada para fim de majoração da pena-base e, na terceira fase, eventualmente, para a não aplicação, ou para a modulação, da causa especial de diminuição da pena, cujo objetivo é beneficiar o traficante pequeno e eventual (TJSP, Apelação Criminal nº 0000849-51.2017.8.26.0559, Rel. Luís Augusto de Sampaio Arruda, julgado em 27/06/2019)”.

Pois bem.

O afastamento da causa especial de redução de pena se deu quase que exclusivamente por conta da quantidade de droga apreendida.

Ocorre que, nos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a natureza e a quantidade de droga são circunstâncias a serem aferidas na primeira fase da dosimetria da pena, ocasião em que se elevou corretamente a pena em 1/6 no presente caso.

Contudo, a quantidade de droga apreendida não é fundamento idôneo ao reconhecimento de que o traficante se dedique às atividades criminosas. O fato dele estar acompanhado de outro indivíduo para a realização do transporte da droga também não demonstra que integre associação criminosa.

Assim, tratando-se de réu primário e que demonstrou disposição em colaborar com a Justiça ao confessar a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

prática delitiva, entendo ser cabível a redução de pena no patamar de mínimo de 1/3.

Dessa forma, a reprimenda passa a resultar em três (03) anos e quatro (04) meses de reclusão e pagamento de trezentos e trinta e quatro (334) dias/multa.

Conseqüentemente, o regime inicial deve ser modificado ao aberto. Todavia à vista da circunstância judicial negativa valorada na primeira fase da dosimetria da pena afasta-se a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos.

Ante o exposto, conforme determinado pelo Superior Tribunal de Justiça, julga-se o presente como se recurso fosse e **concede-se a ordem para fixar a pena em três (03) anos e quatro (04) meses de reclusão e pagamento de trezentos e trinta e quatro (334) dias-multa no valor mínimo.**

Oficie-se para os devidos fins.

Alberto Anderson Filho

Relator