

HABEAS CORPUS Nº 492.445 - SP (2019/0036913-0)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FABIANNE CARVALHO NEVES XAVIER - SP324570
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE FORTUNATO DE BRITO

EMENTA

HABEAS CORPUS. SENTENÇA. TRÁFICO DE DROGAS (1.365 G DE MACONHA). DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NEGATIVA. MOTIVAÇÃO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. PRECEDENTES. CONSTRANGIMENTO LEGAL. AUSÊNCIA. REGIME INICIAL. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REPRIMENDA DEFINITIVA INFERIOR A 8 E SUPERIOR A 4 ANOS. SÚMULA 440/STJ. APLICABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REGIME INICIAL SEMIABERTO QUE SE IMPÕE.

Ordem liminarmente concedida apenas para fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento da pena imposta ao paciente.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de **Alexandre Fortunato de Brito**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo – que deu parcial provimento à apelação do paciente para afastar a exasperação da pena-base, sem alteração do *quantum* de sanção imposto, e parcial provimento ao recurso acusatório para redimensionar a pena, afastando a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, para 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa (fls. 30/44 – Apelação n. 1504023-63.2017.8.26.0536) –, alterando, assim, sentença condenatória – prolatada pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Praia Grande/SP, impondo ao paciente a pena de 3 anos de reclusão, em regime inicial aberto, e 300 dias-multa –, pela prática do crime de tráfico de drogas (1.365 g de maconha – fl. 21).

No presente *writ*, alega-se constrangimento ilegal na dosimetria da pena imposta ao paciente, pelo afastamento da causa de diminuição da pena do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), e na fixação do regime inicial fechado.

Sustenta-se que, *ao contrário do afirmado na decisão impugnada, a quantidade apreendida com o paciente – um quilo e meio de maconha – não é exorbitante a ponto de afastar a aplicação do redutor. Destarte, a Corte Constitucional ao julgar o HC n. 118.533/MS, hipótese em que dois réus foram flagrados transportando 772 quilogramas de maconha, entendeu por afastar a hediondez do tráfico privilegiado e, a despeito da expressiva quantidade de droga apreendida, considerou que somente essa circunstância não é suficiente para afastar a aplicação do privilégio* (fl. 6).

Aduz-se que, *não obstante, ainda que mantida a pena aplicada, é necessária a reanálise do regime inicial fixado, já que se baseou apenas na gravidade abstrata do delito de tráfico, de modo genérico* (fl. 9).

Postula-se, então, a concessão liminar da ordem para que seja aplicada a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, e fixado regime inicial diverso do fechado.

É o relatório.

Busca a impetração o redimensionamento da pena imposta ao paciente, com a aplicação da minorante do tráfico privilegiado e a alteração do regime inicial, na condenação pela prática do crime de tráfico de drogas (1.365 g de maconha – fl. 21).

Inicialmente, em relação ao constrangimento alegado, tem-se que o Magistrado singular fundamentou a sentença, quanto à matéria objeto da presente pretensão mandamental, aos seguintes fundamentos (fl. 24 – grifos no original):

[...]

Conclui-se, destarte, que as provas amealhadas ao caderno processual são fortes indicadores de sua culpabilidade, sendo certa a autoria e materialidade delitiva. Inarredável, por conseguinte, o édito condenatório, **restando a individualização da pena.**

Na primeira fase da dosimetria, atento às diretrizes do artigo 42 da Lei nº 11.343/06, especialmente a quantidade de estupefaciente apreendido, arbitro penas de 6 (seis) anos de reclusão, e o pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, estes pelo mínimo unitário legal.

Em segunda fase de aplicação da pena, verifica-se que o réu confessou o delito, reduzo, portanto, a pena em 1/6, a qual resulta em 5 (cinco) anos de reclusão, e o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, estes pelo mínimo unitário legal.

Em última fase, é impositiva a redução pelo dispositivo no parágrafo 4º, do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 em relação ao acusado primário, razão pela qual, não obstante a quantidade de entorpecente apreendido, mais de um quilo e meio de maconha, mas também atento ao fato de que o réu funcionou no esquema criminoso como peça descartável e de uso isolado, sem evidência de papel de maior relevância nem atuação constante, reduzo as penas para 3 (três) anos de reclusão, e ao pagamento de 300 (trezentos) dias-multa, estes pelo mínimo unitário legal. Vale dizer que, apesar da razoável quantidade de droga, o conjunto probatório aponta que o réu, apesar da irresponsabilidade ao se envolver em atividade tão pernicioso, cuja pobreza não justifica seu agir, não passa de um instrumento descartável do tráfico, não seu integrante propriamente dito.

Na falta de outras causas modificadoras, torno definitiva a pena sobredita.

A pena corporal, diante do *quantum* da pena privativa de liberdade aplicado, poderá ser cumprida em regime aberto (art. 33, § 2º, CP). Por outro lado, tenho que o increpado não reúna as condições subjetivas para substituição por penas alternativas ou a concessão do *sursis*.

[...]

Por sua vez, a Corte estadual alterou a sentença, redimensionando a pena imposta – afastando a exasperação da pena-base e a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 –, nos seguintes termos (fls. 36/37 – grifo nosso):

[...]

Feitas essas considerações, passo à análise da dosimetria penal.

As basilares foram fixadas em 1/5 (um quinto) acima da minimidade, alcançando 06 (seis) anos de reclusão, além do pagamento de multa de 600 (seiscentos) diárias mínimas. Na segunda etapa, reconhecida a atenuante da confissão, a sanção retornou ao patamar mínimo legal. Na terceira etapa, foram as sanções minoradas, ex vi do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, perfazendo 03 (três) anos de reclusão, além do pagamento de 300 (trezentos)

diárias mínimas.

Alguns pontos merecem destaque na dosagem das sanções.

Ab initio, anoto que, em que pese entendimento contrário, o reconhecimento da atenuante da confissão, não permite a redução da pena aquém do mínimo legal, em conformidade com a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Demais disso, registro que a motivação para elevação das básicas é idêntico ao critério utilizado para a concessão da benesse prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, qual seja: quantidade da droga apreendida.

Não se olvide que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, aos 03 de abril de 2014, nos autos de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 666334/AM, decidiu que os critérios da quantidade e diversidade de drogas arrestadas não podem ser considerados para aquilatar as basilares e, ainda, afastar a incidência da redutora prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, porquanto caracterizam *bis in idem* [...]

Desse modo, considerando tal circunstância, afasto a benesse prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Muito embora o réu seja primário e não ostente antecedentes desabonadores, foi surpreendido quando transportava considerável quantidade de droga (mais de um quilo de maconha), o que demonstra dedicação às atividades criminosas.

Não se trata, pois, de traficante incipiente.

Dedicava-se às atividades criminosas hipótese expressamente prevista no bojo do artigo 33, § 4º da Lei de Drogas como empecilho à concessão da redutora.

[...]

Por todo o exposto, fixo a sanção no patamar mínimo legal 05 (cinco) anos de reclusão, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no piso, assim concretizada à míngua de demais causas modificadoras.

Ante o quantum cominado, descabidas a substituição da pena carcerária por restritivas de direitos (art. 44 do CP) e a concessão do sursis (art. 77 do CP).

O regime prisional fechado, para início do desconto da pena privativa de liberdade, é o único adequado no caso em concreto merecendo o r. decum, pois, igualmente reparo neste ponto.

Não se olvide que se trata de condenação pelo cometimento do delito de tráfico ilícito de drogas, o qual denota conduta absolutamente perniciosa à sociedade, sobretudo por contribuir com a disseminação da substância ilícita entre a população, fato que, por alcançar patamares insuportáveis, coloca em risco, inclusive, a tranquilidade social e a ordem pública, mormente por ser causa mediata de vários outros delitos, notadamente aqueles de natureza patrimonial.

Desse modo, o Magistrado, ao aferir os requisitos legais para a fixação do regime prisional, não deve adotar uma postura contrafática, devendo lançar mão do conhecimento técnico, da experiência e de sua sensibilidade humana, pois, como ressaltou o eminente jurista Carlos Maximiliano: “(...) Os juízes, oriundos do povo, devem ficar ao lado dele, e ter inteligência e coração atentos aos seus interesses e necessidades. A atividade dos pretórios não é meramente intelectual e abstrata; deve ter um cunho prático e humano;

revelar a existência de bons sentimentos, tato, conhecimento exato das realidades duras da vida (...)” (in “Hermenêutica e Aplicação do Direito”. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.60).

De rigor realçar que o acusado praticou delito equiparado a hediondo, cuja perniciosidade, a manifesta reprovação social e a previsão, pelo legislador constituinte, de regime especial (Constituição da República, artigo 5º, inciso XLIII), torna imperioso o início do desconto da sanção carcerária no regime mais severo.

[...]

Assim, tem-se que o afastamento da minorante do tráfico privilegiado se deu pela conclusão de dedicação do condenado a atividades criminosas, em razão da quantidade de droga apreendida (1.365 g de maconha – fl. 21).

No entanto, tal conclusão não é contrária a jurisprudência desta Corte, que, em casos relativos à quantidade de entorpecentes equivalente a da presente impetração, segundo a qual, *não obstante a posição da relatora quanto à não-aplicação da minoração de pena prevista na nova Lei de drogas aos delitos cometidos sob a égide da Lei n. 6.368/1976, no caso específico, tal discussão não é sequer cabível, visto que o Juiz a quo reconheceu ser o paciente dedicado à atividades criminosas, impedindo, assim, a aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 por vedação imposta pelo próprio dispositivo legal* (HC n. 103.161/RJ, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 3/8/2009)

No mesmo sentido: AgRg no AREsp n. 633.135/MT, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 5/11/2015.

Então, tem-se que a impetração, quanto à dosimetria, não logrou evidenciar o alegado constrangimento, pois não foi demonstrada a ilegalidade no acórdão ora hostilizado.

Finalmente, quanto à fixação do regime inicial de cumprimento de pena, tem-se o posicionamento pacificado no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que fixada a pena-base no mínimo legal, mostra-se inadmissível a

estipulação de regime prisional mais rigoroso do que aquele previsto para a sanção corporal aplicada, apenas com fundamento na gravidade abstrata do delito (Enunciado n. 440 da Súmula do STJ).

Assim, considerando o redimensionamento da pena-base para o mínimo legal pela Corte local e a pena definitiva imposta (5 anos de reclusão), tem-se que o paciente faz jus a iniciar o cumprimento da reprimenda imposta no regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal.

Em razão disso, **concedo liminarmente** a ordem apenas para fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento da pena imposta ao paciente, referente à condenação prolatada na Ação Penal n. 1504023-63.2017.8.26.0536, da 2ª Vara Criminal da comarca de Praia Grande/SP.

Comunique-se com urgência.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 14 de fevereiro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator