

HABEAS CORPUS Nº 483.040 - SP (2018/0328178-0)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : PATRÍCIA LUCÍOLA DIAS DE MORAIS - SP205731
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : REGINALDO FERNANDES DOS SANTOS
PACIENTE : TATIANA FERNANDES SILVA
OUTRO NOME : TATIANA FERNANDES DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. REDUÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE DE DROGA NÃO EXPRESSIVA (18,4 G DE CRACK). FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. MINORANTE. INCIDÊNCIA. REDIMENSIONAMENTO DAS PENAS. PACIENTE TATIANA. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA PENA. PACIENTE REGINALDO. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS.
Ordem concedida.

DECISÃO

Em primeira instância, **Reginaldo Fernandes dos Santos** foi condenado à pena de 3 anos de reclusão, em regime inicial aberto, e 10 dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/2003. Ele e a paciente **Tatiana Fernandes Silva** foram absolvidos da imputação do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Em 4/4/2017, ao julgar a Apelação n. 0001946-32.2015.8.26.0050, o Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao recurso da defesa e deu parcial provimento ao recurso do Ministério Público, para condenar os pacientes como incursos no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 583 dias-multa (fls 51/59).

Na oportunidade, a Terceira Câmara de Direito Criminal determinou que fossem expedidos mandados de prisão em nome dos réus para execução da reprimenda.

Em 21/9/2018, opostos embargos de declaração, foram eles acolhidos para redimensionar as penas dos réus, fixando-as em 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa (fls. 25/29).

Sobreveio, agora, este *habeas corpus*. Alega a impetrante, em síntese, que os pacientes não podem ser presos, haja vista a ausência de duplicidade de confirmação de decisões condenatórias por duas cortes diversas.

Aduz que *o acórdão se escora na gravidade abstrata do delito e em elementos presentes e constituintes do próprio tipo penal* (fl. 6).

Requer, em liminar, seja garantida a liberdade dos pacientes. No mérito, pugna pela aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar máximo, com a readequação do regime prisional.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 105/107).

Prestadas as informações (fls. 112/134), o Ministério Público Federal, em parecer exarado pelo Subprocurador-Geral da República Roberto Moreira de Almeida, manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* (fls. 137/140).

É o relatório.

Ao dosar as penas dos pacientes, asseverou o acórdão impugnado (fls. 57/58 – grifo nosso):

Passo então à nova dosagem das penas.

Inicialmente, quanto ao apelante Reginaldo, atendendo à previsão do artigo 42 da Lei de Drogas, considerando-se a grande quantidade e potencial ofensivo dos entorpecentes apreendidos, fixo a pena-base acima do mínimo legal, elevando-a em 1/6 (um sexto), perfazendo 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além do pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três)

dias-multa, calculados no mínimo legal.

Na segunda fase de aplicação da pena, não há agravantes ou atenuantes a serem consideradas. Igualmente, **na terceira fase, deixo de aplicar a causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.**

Para a aplicação do referido redutor legal, é indispensável que o réu seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

Não resta dúvida de que tal causa de diminuição de pena é de ser aplicada apenas àquele que tenha praticado o delito de maneira isolada, como um pequeno deslize em sua vida, ainda que penalmente punível.

Aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida, mesmo que não tragam em sua folha de antecedentes condenações por outros crimes, não fazem jus ao benefício.

A causa de redução deve ser aplicada em caráter excepcional, em situações específicas, quando não houver dúvidas de que o réu veio a cometer o ato como um desvio em sua vida, e não de modo contumaz e habitual.

No caso dos autos, ficou demonstrado que o apelante não pode de forma alguma, ser considerado como traficante ocasional, pois foi detido em poder de grande quantidade de entorpecentes, a demonstrar que fazia do tráfico de drogas seu meio de vida, dedicando-se à atividade criminosa.

Determino, assim, que a pena seja cumprida inicialmente em regime fechado, por força do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, por tratar-se de crime assemelhado a hediondo, bom como em razão do montante total de pena imposto, não fazendo jus a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme determina o artigo 44 do Código Penal.

Já o montante de pena imposto para o delito de porte de arma de fogo foi fixado com equilíbrio e justiça, no mínimo legal, não merecendo, por tal motivo, reparo algum.

Para a apelada Tatiana, atendendo à previsão do artigo 42 da Lei de Drogas, considerando-se a grande quantidade e potencial ofensivo dos entorpecentes apreendidos fixo a pena-base acima do mínimo legal, elevando-a em 1/6 (um sexto), perfazendo 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além do pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, calculados no mínimo legal.

Na segunda fase de aplicação da pena, não há agravantes ou atenuantes a serem consideradas. Igualmente, **na terceira fase, deixo de aplicar a causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, pelos mesmos fundamentos mencionados acima.**

O regime inicial a ela imposto, deve ser o fechado, seja porque se trata de delito equiparado a hediondo, seja porque a pena imposta aliada à circunstância judicial desfavorável impõe a fixação de regime mais gravoso.

Deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois ausentes os requisitos legais, tanto objetivo, como subjetivo.

Opostos embargos de declaração, foram acolhidos para alterar as penas-base, tendo o Tribunal *a quo* argumentado que, *por serem os apelantes primários e serem favoráveis as circunstâncias judiciais em relação a ambos, fixo a pena-base no mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, calculados no mínimo legal* (fl. 27). Na ocasião, foram mantidos os demais termos do acórdão embargado.

Do exposto, verifica-se que assiste razão à impetrante quanto ao argumento de ilegalidade dos fundamentos utilizados pelo acórdão vergastado para afastar a incidência do tráfico privilegiado.

Com efeito, a incidência da minorante (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) foi afastada somente com base na quantidade da droga apreendida (18,4 g de crack – fl. 8) e em ilações abstratas, sem qualquer lastro em elementos concretos extraídos dos autos.

Sucedo que, no julgamento do HC n. 343.290/SP, em 3/5/2016, a Sexta Turma desta Corte Superior entendeu pela inviabilidade de considerar a quantidade/natureza da droga, por si só, de forma isolada, como fundamento para vedar a aplicação do redutor, pois tais circunstâncias não estão descritas entre os requisitos do referido dispositivo legal, notadamente nas hipóteses como a dos autos, em que a quantidade de droga não se revela expressiva.

Ademais, o entendimento desta Corte também é uníssono no sentido de que configura constrangimento ilegal a utilização de fundamentação genérica para negar o reconhecimento do tráfico privilegiado ou de qualquer outro benefício legal.

Confirmam-se:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA MINORANTE TENDO POR BASE A NATUREZA E A QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA, ISOLADAMENTE CONSIDERADAS. IMPOSSIBILIDADE.

AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS A INDICAREM EVENTUAL DEDICAÇÃO DO RÉU ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS OU SER ELE INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE DEMANDARIA O REEXAME DA PROVA DOS AUTOS. MEDIDA VEDADA PELA SÚMULA 7 DESTA STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Conforme precedentes desta Corte Superior, a natureza e a quantidade da droga apreendida constituem variáveis que podem validamente ser consideradas para embasar conclusão no sentido de efetiva dedicação às atividades criminosas por parte do réu ou, até mesmo, de ser ele integrante de organização criminosa, contanto que outros elementos de prova constantes dos autos evidenciem tais condições, em conjunto com as mencionadas vetoriais. Todavia, isoladamente consideradas, a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido, por si sós, não são suficientes para embasar conclusão acerca da presença das referidas condições obstativas e, assim, afastar o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado.

2. No caso dos autos, em que pese a natureza mais gravosa e a expressiva quantidade do entorpecente apreendido (5kg de cocaína), a Corte de origem, soberana na análise do conjunto fático-probatório, concluiu que inexistiriam elementos outros a indicar eventual dedicação do acusado a atividades criminosas, bem assim que a tese da acusação vinculando o réu a organização criminosa encontrava-se no mero plano da suposição, uma vez que nem mesmo a existência da suposta organização criminosa seria certa.

3. Diante de tal moldura, o acolhimento da pretensão recursal demandaria, necessariamente, o reexame da prova dos autos, medida incompatível com a via do recurso especial, por força da Súmula 7 desta Corte.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.430.893/MS, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 4/10/2017)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. NEGATIVA. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. MOTIVAÇÃO INSUFICIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. O Tribunal de origem não logrou fundamentar de maneira idônea a negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. A simples menção à quantidade e à diversidade das drogas, dissociada de qualquer outro elemento, não é suficiente para se concluir acerca da dedicação do paciente às atividades criminosas ou participação em organização criminosa, afastando, peremptoriamente, a incidência da referida benesse.

[...]

3. *Habeas corpus* concedido a fim de reduzir a pena do paciente para 4 anos e 2 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto.

(HC n. 399.833/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 24/8/2017)

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA SE CONCLUIR PELA DEDICAÇÃO DO AGENTE EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA, EM PARTE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. 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 (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Hipótese em que a ausência de emprego lícito e de considerações genéricas acerca da gravidade abstrata do delito não são dados idôneos para se inferir a habitualidade delitiva do paciente, sobretudo quando certificada a sua primariedade e os seus bons antecedentes, razão pela qual cabe a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo.

[....]

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 2/3, ficando a pena final em 1 ano e 8 meses de reclusão, mais pagamento de 167 dias-multa, bem como para fixar o regime inicial semiaberto.

(HC n. 440.706/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 3/9/2018)

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. POUCO ENTORPECENTE APREENDIDO. DROGA. PATAMAR MÁXIMO. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

IV - *In casu*, as instâncias ordinárias se utilizaram de fundamentações genéricas e inidôneas, para afastar a aplicação da causa de diminuição prevista no parágrafo 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, existindo, destarte, flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício. Precedentes.

V - Diante da pequena quantidade de entorpecentes apreendidos, forçoso reconhecer a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, no seu patamar máximo.

VI - Considerando a primariedade do paciente e o *quantum* de pena

estabelecido, forçoso concluir que faz jus ao regime aberto, para início de cumprimento de pena, *ex vi* do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Estatuto Penal, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula n. 440 desta Corte Superior.

VII - Preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, quais sejam, pena não superior à 4 (quatro) anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, réu não reincidente e circunstâncias judiciais favoráveis, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em moldes a serem especificados pelo Juízo da Execução Penal.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para aplicar a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no seu patamar máximo, reduzindo a pena imposta para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, bem como fixar o regime prisional aberto, para o início do cumprimento da pena, e determinar a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos moldes do artigo 44 do Código Penal, a ser estabelecida pelo MM. Juízo a quo.

(HC n. 453.814/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 17/8/2018)

Firmada essa premissa e obedecidas as demais diretrizes fixadas pela Corte de origem, passo ao redimensionamento das penas:

Mantém-se as penas-base no mínimo legal (5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa). Ausentes agravantes e atenuantes. Na terceira fase, reconhecido o tráfico privilegiado, a pena deve ser minorada em 2/3, porquanto foram apreendidos com os pacientes 18,4 g de crack, quantidade que não se apresenta como expressiva o suficiente a ponto de afastar a incidência da fração máxima, totalizando assim, 1 ano e 8 meses de reclusão, e pagamento de 166 dias-multa.

Sendo assim, para a paciente **Tatiana**, em razão do *quantum* da pena aplicada, da sua primariedade e por não existirem circunstâncias judiciais negativas, deve ser fixado o regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda. Pelos mesmos fundamentos, deve ser concedido à ré o direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (arts. 33, § 2º, c, e 44, ambos do Código Penal).

Já para o paciente **Reginaldo**, praticados os delitos de porte ilegal de arma de fogo (art. 16, parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/2003) e tráfico ilícito de entorpecentes, em concurso material, somam-se as penas, totalizando 4 anos e 8 meses de reclusão, e pagamento de 176 dias-multa. Assim, atendendo às diretrizes do art. 33, § 2º, *b*, e § 3º, do Código Penal, o réu deverá iniciar o cumprimento da pena em regime inicial semiaberto, afastado o direito à substituição da pena carcerária por restritiva de direitos, pelo não preenchimento do requisito objetivo, previsto no art. 44, I, do Estatuto Repressivo.

Quanto à revogação do decreto de prisão, *a Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n. 1.619.087/SC, dirimiu a controvérsia acerca da possibilidade da execução provisória da pena restritiva de direitos, ao entendimento de que o Supremo Tribunal Federal, ao modificar sua jurisprudência no julgamento do HC n. 126.292/SP, não considerou a possibilidade de se executar provisoriamente a pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação, dispondo tão somente sobre a prisão do acusado condenado à pena privativa de liberdade em segundo grau, antes do trânsito em julgado, a teor do disposto no art. 147 da Lei de Execução Penal (AgRg no HC n. 457.532/MG, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe de 10/12/2018).*

Por outro lado, conforme asseverei, ao indeferir a liminar, é possível determinar a execução provisória da pena privativa de liberdade quando esgotadas as vias ordinárias, ainda que o acórdão penal condenatório proferido em julgamento de apelação esteja sujeito a recurso especial ou extraordinário, pois já está encerrada a análise dos fatos e provas que assentaram a culpa do condenado.

Assim, deve ser suspensa apenas a execução provisória da pena restritiva de direitos imposta à paciente **Tatiana**.

Ante o exposto, **concedo** a ordem a fim de redimensionar a pena imposta aos pacientes, fixando: a) a pena da paciente Tatiana Fernandes Silva, em 1 ano e 8 meses de reclusão, e pagamento de 166 dias-multa, em regime inicial aberto, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo da execução, pela prática de tráfico de entorpecentes, devendo a pena permanecer suspensa, até o trânsito em julgado do acórdão condenatório; b) a pena de Reginaldo Fernandes dos Santos, em 4 anos e 8 meses de reclusão, e pagamento de 176 dias-multa, em regime inicial semiaberto, pela prática dos delitos de porte ilegal de arma de fogo e tráfico de entorpecentes, em concurso material, mantendo a possibilidade de execução provisória da pena.

Intime-se o Ministério Público estadual desta decisão.

Comunique-se com urgência.

Publique-se.

Brasília, 11 de fevereiro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator