

**HABEAS CORPUS Nº 492.317 - SP (2019/0036216-9)**

**RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**  
**IMPETRANTE : FAHD DIB JUNIOR**  
**ADVOGADO : FAHD DIB JUNIOR - SP225274**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : WESLEY RODRIGUES FERNANDES (PRESO)**

**EMENTA**

*HABEAS CORPUS*. SENTENÇA. TRÁFICO DE DROGAS. (71,2 G DE MACONHA). DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NEGATIVA. MOTIVAÇÃO NÃO SUFICIENTE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. FALTA DE OCUPAÇÃO LÍCITA. FUNDAMENTO INSUFICIENTE. PENA REDIMENSIONADA. REGIME INICIAL. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REPRIMENDA DEFINITIVA INFERIOR A 4 ANOS. SÚMULA 440/STJ. APLICABILIDADE. REGIME INICIAL ABERTO QUE SE IMPÕE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA. OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2º E 3º, E DO ART. 44 E INCISOS DO CP. CONSTRANGIMENTO LEGAL EVIDENCIADO.

Ordem concedida liminarmente nos termos do dispositivo.

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de **Wesley Rodrigues Fernandes**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo, que deu parcial provimento à apelação interposta pelo *Parquet* paulista, para condenar o paciente às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 dias-multa, e o corréu Jean Henrique de Brito Francisco, a 7 anos de reclusão e 700 dias-multa (fls. 35/57) – alterando a sentença prolatada pelo Juízo de Direito da 1ª Vara da comarca de Cândido Mota/SP, que os absolvera das imputações delitivas de tráfico de drogas e de associação para o tráfico, pela inexistência de prova suficiente para a condenação (fls. 29/34 – Ação Penal n. 0001010-54.2016.8.26.0120) –, pela prática do crime de tráfico de drogas (71,2 g de maconha – fl. 64).

No presente *writ*, o impetrante alega constrangimento ilegal em relação à dosimetria da pena imposta ao paciente.

Sustenta, em síntese, que o *Tribunal a quo* não apresentou provas cabais de que o Paciente se dedica às atividades criminosas, valendo-se de odiosa presunção e vedando a causa de diminuição. Assim contrariou o parágrafo 4º do artigo 33 da Lei de Drogas. Posto isso, sendo o recorrente primário, e não existindo nada nos autos que indique que ele se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa, resta claro que preenche a todos os requisitos exigidos pelo parágrafo 4º da Lei n. 11.343/2006, sendo assim impositiva a aplicação da causa de diminuição (fl. 8).

Postula, então, a concessão liminar da ordem para seja aplicada a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com substituição por pena restritiva de direitos, ou fixado regime mais benéfico do que o ora aplicado.

É o relatório.

Busca a impetração o redimensionamento da pena imposta ao paciente – com a aplicação da minorante do tráfico privilegiado e, conseqüentemente, alteração do regime inicial e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos – na condenação pela prática do crime de tráfico de drogas (71,2 g de maconha – fl. 64).

Inicialmente, em relação ao constrangimento alegado, tem-se que a Corte estadual alterou a sentença, condenando o paciente pelo crime de tráfico de drogas, afastando a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 52/54 – grifo nosso):

[...]

Passo, então, a fixar as reprimendas para o crime de tráfico. Atento ao disposto no artigo 59, do Código Penal, e no artigo 42, da Lei nº 11.343/06, as penas-base são estabelecidas, para ambos os réus, nos mínimos legais. [...]

Observo, ainda, que não era caso de aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Isso porque o preceito admite atenuação da pena para réus, ainda que primários, que não ostentem periculosidade maior. JEAN é reincidente específico. Já WESLLEY, embora primário, revela acentuada periculosidade, assim como JEAN, na medida em que, juntamente com um adolescente, guardavam considerável quantidade de maconha, que pretendiam disseminar na sociedade, eis que não comprovaram, satisfatoriamente, o exercício de atividades laborais lícitas. JEAN disse estar desempregado e, depois, que trabalhava informalmente como cortador de cana. No entanto, não indicou sequer o nome da pessoa para quem trabalhava. Já WESLLEY, como acima ficou consignado, tentou fazer crer que trabalhava com o avô, tendo eles, contudo, apresentado informações desencontradas. Contra ele, ademais, havia denúncias de que estivesse traficando nas imediações da residência. Destaque-se que a impossibilidade de redução da sanção está assentada não na quantidade da droga, mas na constatação, no caso concreto, de que os réus estão vinculados decisivamente à atividade criminosa do tráfico, circunstância que impede a concessão da benesse. A dedicação do agente ao tráfico é que impede a atenuação da reprimenda. Fica difícil imaginar que os acusados, nessas condições, não tenham vinculação séria com o tráfico em larga escala, ainda que um deles seja primário.

[...]

Considerando o volume das penas privativas de liberdade impostas, superiores a 4 anos, não é possível a substituição por restritivas de direitos.

O regime para o tráfico ilícito de entorpecentes (fechado) decorre de lei (Lei nº 8.072/90) e é o único compatível com a gravidade concreta da ação e com a inequívoca periculosidade dos acusados, que guardavam quantidade considerável de maconha na residência e envolveram um adolescente no comércio espúrio. O envolvimento sério e evidente dos acusados no tráfico é inconciliável com regime mais brando. Não bastasse isso, a hipótese versa sobre condenação por crime equiparado a hediondo, que exige uma resposta séria e dura do Estado, até mesmo como fator profilático. A reincidência específica de JEAN, que tinha deixado o sistema prisional pouco mais de um mês antes do fato examinado nos autos, justificava, ainda mais, a fixação do regime fechado para ele.

[...]

Assim, tem-se que o afastamento da minorante do tráfico privilegiado se deu pela conclusão de dedicação dos condenados às atividades criminosas, ao fundamento de que, no caso do paciente, *como acima ficou consignado, tentou fazer crer que trabalhava com o avô, tendo eles, contudo, apresentado informações desencontradas* (fl. 53).

Porém tal conclusão é contrária a jurisprudência desta Corte,

segundo a qual o *fato de* [os acusados] *não terem comprovado ocupação lícita, por si só, não constitui elemento suficiente para afastar a benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006* (HC n. 473.983/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 22/11/2018).

No mesmo sentido: HC n. 421.796/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 26/3/2018.

Assim, deve ser redimensionada a pena referente à condenação pelo crime de tráfico de drogas.

Mantenho a dosimetria da pena fixada no acórdão (fl. 52) em 5 anos e 10 meses de reclusão, e 583 dias-multa, apenas alterando a terceira fase, com a aplicação da causa especial de redução de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração máxima (2/3), e, ausentes outras causas de aumento ou de diminuição da reprimenda, **torno-a definitiva em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, e 194 dias-multa.**

Ademais, 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 ao mínimo legal, sendo a pena definitiva imposta em 1 ano, 11 meses e 10 dias, tem-se que o paciente faz jus a iniciar o cumprimento da reprimenda no regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

Por fim, em relação à substituição da pena, tem-se que, ante o redimensionamento da pena, razão assiste à impetração, pois a jurisprudência da Suprema Corte é no seguinte sentido: *Tráfico de entorpecentes. Fixação da pena. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena fixada em quantidade que*

*permite a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos ou o início do cumprimento da pena no regime aberto. Imposição, não obstante, de regime fechado. Constrangimento ilegal (HC n. 101.291/SP, Ministro Eros Grau, Segunda Turma/STF, DJe 12/2/2010).*

Em razão disso, **concedo liminarmente** a ordem a fim de redimensionar a pena imposta ao paciente – decorrente da aplicação da fração de 2/3 para causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, Lei n. 11.343/06 – para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, e 194 dias-multa, fixar o regime inicial aberto de cumprimento da pena e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos a serem implementadas pelo Juízo da execução, referente à Ação Penal n. 0001010-54.2016.8.26.0120, da 1ª Vara da comarca de Cândido Mota/SP.

Comunique-se com urgência.

Intime-se o Ministério Público de São Paulo.

Publique-se.

Brasília, 12 de fevereiro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior  
Relator