

HABEAS CORPUS Nº 492.613 - SP (2019/0037949-1)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNO SHIMIZU - SP0281123
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON GUIMARAES DOS SANTOS (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ANDERSON GUIMARAES DOS SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0001346-25.2016.8.26.0616).

Consta nos autos que o Paciente foi preso em flagrante, no dia 24/08/2016, e denunciado pela prática do crime de tráfico de drogas, por trazer consigo **78,8g (setenta e oito gramas e oito decigramas) de maconha, 4,3g (quatro gramas e três decigramas) de cocaína e 0,7g (sete decigramas) de crack**, para comercialização (fls. 20-29). Com o Acusado foram apreendidos dois adolescentes que participavam do comércio ilegal.

Encerrada a instrução, o Réu foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006 às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa (fls. 34-37). Por já se encontrar preso preventivamente, foi-lhe negado o direito de apelar em liberdade.

O Tribunal estadual negou provimento à apelação defensiva em acórdão assim ementado (fl. 54):

"APELAÇÃO CRIMINAL – Tráfico de entorpecente – Recurso defensivo – Materialidade e autoria devidamente comprovadas – Desclassificação para artigo 37 da Lei Antidrogas – Impossibilidade Condenação por tráfico acertada – Pena fixada no mínimo legal na base – Redutor previsto no § 4º, do art. 33 da Lei Antidrogas – Aplicabilidade inviável – Manutenção do regime inicial fechado – Recurso improvido."

No presente *writ*, alega o Impetrante, em suma, que as instâncias ordinárias deixaram de aplicar a causa de diminuição do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006 sem amparo em fundamentação idônea.

Ressalta que o Paciente é primário, possui bons antecedentes e que "a

quantidade de droga, ainda que não seja insignificante, também não é elevada a ponto de permitir uma presunção de que integrem organização criminosa ou coisa que o valha" (fls. 5-6).

Sustenta que *"aplicada a causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em patamar máximo, de rigor o estabelecimento de regime inicial aberto para cumprimento de pena ou, caso mantida a reprimenda, fixado o regime semiaberto"* (fl. 8).

Requer, liminarmente e no mérito, a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas em seu patamar máximo, a fixação de regime prisional menos gravoso e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

É o relatório inicial. Decido o pedido urgente.

Em juízo de cognição sumária, verifico que o Juiz processante, afastou a possibilidade de se aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, mediante a seguinte fundamentação (fl. 36; sem grifos no original.):

"Deixo de aplicar a redução de pena prevista no § 4º do art. 33 porque, preso em flagrante delito vendendo entorpecentes como se casa de comércio regular fosse, em local conhecido como ponto de tráfico, sem comprovar atividade lícita, nota-se, de forma clara, que o réu resolveu fazer do crime meio de vida, dedicando-se às atividades criminosas e delas auferindo salário. Diante disso, torno definitivas aquelas reprimendas."

O Tribunal *a quo*, por sua vez, manteve a sentença condenatória e manifestou-se a respeito da inaplicabilidade da causa de diminuição de pena, nos seguintes termos (fl. 60):

"A pena ficou no mínimo legal na base e assim deve permanecer, porque não se pode acolher a pretensão defensiva no sentido de reduzir a pena, aplicando-se a causa especial de redução prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei Antidrogas, ante a considerável quantidade e variedade de substâncias entorpecentes apreendidas, dando mostras que junto com os adolescentes o Apelante fazia do tráfico ilícito seu meio de vida. A redução da pena se refere ao pequeno traficante, ao neófito, o que não é o caso do presente processo."

A minorante especial do art. 33, § 4.º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006, não deve incidir no caso, porque observo que as instâncias ordinárias fundamentaram de

forma concreta o motivo pelo qual é inaplicável ao caso, ao destacar que o Paciente, com o auxílio de adolescentes, mantinha ponto habitual de comercialização ilegal de drogas variadas, o que configuraria ser ele **dedicado a atividades criminosas e que fazia do tráfico o seu meio de vida**. Alterar o referido entendimento demandaria o reexame de fatos e provas, o que é incompatível com os limites cognitivos da ação constitucional de *habeas corpus*.

No mesmo sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO. MINORANTE DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS RECONHECIDA NÃO SOMENTE COM BASE NA GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS MAS TAMBÉM NA DINÂMICA DO FATO DELITUOSO. AFASTAMENTO. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. 1. A diminuição da pena com base no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 foi afastada não somente em virtude da quantidade da droga apreendida - 62kg (sessenta e dois quilogramas) de maconha - mas também em virtude do reconhecimento de que o agravante se dedica às atividades criminosas, ante a dinâmica do fato delituoso (droga escondida no interior dos pneus do veículo em que era transportada), o que encontra agasalho na pacífica jurisprudência desta Corte Superior de Justiça. Precedentes. 2. Sendo assim, 'concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas e integrava facção criminosa, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.' (HC n. 387.422/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 15/05/2017). 3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 452.406/MS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 26/09/2018.)

Outrossim, com relação à imposição do regime prisional mais gravoso, verifica-se que tem razão o Impetrante ao afirmar que o regime prisional fechado foi fixado com base em fundamentação inidônea.

O Magistrado de primeiro grau estabeleceu o regime mais gravoso com amparo em fundamentação vaga, mencionando apenas a natureza das drogas apreendidas, e o Tribunal de origem manteve o regime fechado *"ante a hediondez do delito por equiparação, a gravidade e nocividade concreta da conduta e também evidenciada pela natureza e quantidade das drogas apreendidas"* (fl. 60).

Ora, se não há o reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, é ilegítimo agravar o regime de cumprimento da pena sem motivação idônea, como fizeram as instâncias ordinárias, que fundamentaram a fixação do regime fechado com base na gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas e na quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos (78,8g de maconha, 4,3g de cocaína e 0,7g de crack), quantidade que, por si só, não é suficiente para justificar o agravamento do regime prisional.

Na hipótese, verifica-se que o Paciente é primário, a pena-base foi fixada no mínimo legal e a pena definitiva foi estabelecida em *quantum* inferior a 8 anos de reclusão (5 anos).

A jurisprudência do Pretório Excelso tem ratificado esse entendimento, ao consignar que *"se o condenado é primário e os critérios do art. 59 do CP impõem a aplicação da pena mínima, não cabe determinar regime inicial de execução mais rigoroso que o admissível em tese"* (HC 72.315/MG, Primeira Turma, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 26/05/1995).

Assim, incidem, no caso, as regras previstas no art. 33, § 2.º, alínea *b*, e § 3.º, do Código Penal, as quais dispõem, respectivamente, que:

"o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto" e que *"a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código."*

Por fim, mantida a pena aplicada, é incabível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, em razão da ausência do requisito objetivo, haja vista a condenação do Paciente totalizar o montante superior a 4 (quatro) anos, nos termos do art. 44, inciso I, do Código Penal.

Ante o exposto, DEFIRO PARCIALMENTE o pedido liminar, apenas para assegurar ao Paciente, até o julgamento definitivo deste *writ*, o cumprimento da pena imposta no regime inicial semiaberto.

Oficie-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado São Paulo e ao Juízo de origem.

Requisitem-se informações ao Tribunal de origem, nas quais deverão constar, ainda, as respectivas senha ou chave de acesso para consulta ao andamento processual, caso a página eletrônica da Corte *a quo* requeira a sua utilização.

Após, remetam-se os autos ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 11 de fevereiro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora

