

HABEAS CORPUS Nº 493.570 - SP (2019/0043653-4)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : LEANDRO LUNARDO BENIZ
ADVOGADO : LEANDRO LUNARDO BENIZ - SP0288792
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE VINICIUS DA SILVA GAZETA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de FELIPE VINICIUS DA SILVA GAZETA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação n.º 0000405-85.2016.8.26.0548.

Consta dos autos que o Paciente, por trazer consigo "*12 (doze) microtubos de cocaína, pesando 8,8g (oito gramas e oito decigramas)*", foi condenado às penas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 188 (cento e oitenta e oito) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput* e § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

Inconformados, a Defesa e o *Parquet* apelaram. O Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao apelo defensivo "*para reconhecer a atenuante da confissão espontânea; e deram provimento ao recurso ministerial para afastar o redutor do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 e, via de consequência, elevar as penas de Felipe Vinícius da Silva Gazeta a 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no piso; mantido, no mais, o julgamento de primeiro grau*" (fl. 451), nos termos da seguinte ementa:

"TRÁFICO DE ENTORPECENTES - Configuração. Materialidade e autoria demonstradas. Confissão judicial corroborada pelos depoimentos dos policiais civis, tudo em harmonia com o conjunto probatório. Apreensão de razoável quantidade de entorpecente (12 porções de cocaína, com peso líquido de 8,8 gramas), além de dinheiro — Desclassificação para uso próprio. Impossibilidade — Condenação mantida.

PENAS e REGIME DE CUMPRIMENTO - Bases nos mínimos - Reconhecimento da confissão. Atenuante inócua. Súmula nº 231 do STJ 6 - Exclusão do redutor do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 - Regime inicial fechado - Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (CP, artigo 44, I) - Perdimento dos valores apreendidos em favor da União - Apelo defensivo parcialmente provido para reconhecer a confissão. Recurso ministerial provido para afastar o redutor § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 e, por consequência, elevar as penas - Expedição de mandado de prisão."

Neste *writ*, sustenta o Impetrante a existência de constrangimento ilegal, pois o acórdão impugnado determinou a expedição do mandado de prisão sem o trânsito em julgado da ação penal.

Afirma, ainda, que o Tribunal de origem "*afastou o § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, sem fundamento mínimo, contrariando o disposto em Lei, sendo fato que o juiz de 1ª Instância, que realizou a instrução processual, sentiu o calor da audiência entendeu na aplicação do § 4, do artigo 33, da Lei de Drogas, sendo fato que o Tribunal por equívoco não entendeu sobre o disposto no artigo 42, da Lei de Drogas afastando o redutor, sendo exacerbada a pena do Paciente, que sempre respondeu o processo em liberdade, é primário sem nenhum antecedentes e a droga apreendida é ínfima 8,8 (oito vírgula oito gramas), sendo fato caracterizado o tráfico privilegiado*" (fl. 6).

Dessa forma, pleiteia, liminarmente, a nulidade do acórdão impugnado para que o Paciente possa recorrer em liberdade ou a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal.

É o relatório.

Decido o pedido urgente.

Em juízo de cognição sumária e prelibatória, não reputo configurado um dos requisitos para o deferimento da medida urgente requerida, qual seja, o *fumus boni iuris*, pois, como se sabe, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE n.º 964.246 RG/SP, julgado sob o regime de repercussão geral, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria no sentido de que "[...] a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal" (ARE 964.246 RG, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, DJe de 25/11/2016).

Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se extrai do seguinte julgado:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO CULPOSO DA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. REGIME INICIAL SEMIABERTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE

DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. CABIMENTO. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. *Mostra-se devida a imposição do regime inicial mais gravoso, nos termos do art. 33, § 2º, 'a', e § 3º, do Código Penal quando verificado que o agravante teve a pena-base estabelecida acima do mínimo legal.*

2. *Não há como determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por ausência de cumprimento do requisito subjetivo (circunstância judicial desfavorável, com a fixação da pena-base acima do mínimo legal - art. 44, III, do Código Penal).*

3. *Ante o esgotamento das instâncias ordinárias - como no caso -, de acordo com entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE n. 964.246, sob a sistemática da repercussão geral, é possível a execução da pena depois da prolação de acórdão em segundo grau de jurisdição e antes do trânsito em julgado da condenação, para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos constitucionais por ele tutelados.*

4. *Agravo regimental não provido.*" (AgRg no AREsp 1.058.790/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 09/08/2018, sem grifos no original.)

Vê-se que, em uma primeira análise, a decisão de segunda instância, que determinou a expedição de mandado de prisão após o esgotamento da instância ordinária, está em conformidade com a jurisprudência atualmente dominante.

No mais, a princípio, verifico que o Tribunal *a quo* 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. 456):

"Nesta ação penal, com clareza solar, o apelante 'está envolvido com atividades criminosas' porquanto - em local conhecido como 'ponto de traficância' (cf. depoimento do policial civil) - trazia consigo, para fins de entrega a consumo de terceiros, 12 porções de cocaína, com peso de 8,8 gramas (peso líquido conforme laudo de fls. 200/201), além de dinheiro; circunstâncias concretas que, no mínimo, levam à conclusão de que, com habitualidade, recebe os entorpecentes (mediante compra ou consignação) do grande traficante para, na sequência, comercializá-los no varejo em porções. Afinal, 'ponto de tráfico' significa 'ponto de comércio ilícito' que entre suas medulares características estão o 'meio de vida à margem da legalidade', a 'organização e prevenção contra a atuação das autoridades de polícia', a 'disputa clandestina do sítio utilizado na atividade' e a 'freguesia viciada'" (fl. 456)

A minorante especial do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, a princípio,

não deve incidir, no caso, porque observo que o acórdão hostilizado fundamentou de forma concreta o motivo pelo qual é inaplicável ao caso, ao destacar que o Paciente mantinha ponto habitual de comercialização ilegal de drogas, o que configuraria ser ele **dedicado a atividades criminosas**. 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.)

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar.

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), 15 de fevereiro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora

