HABEAS CORPUS Nº 494.196 - SP (2019/0047727-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO CAROLINA LEITE LOPEZ DE LEON - SP231363
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	GLEICYELLE LUCYENNE DE JESUS FERREIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA. DOSIMETRIA DA PENA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AFASTAMENTO COM BASE NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. CONVICÇÃO DE QUE A ACUSADA SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. CONCLUSÃO INVERSA. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO. AUSÊNCIA.
Inicial indeferida liminarmente.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em benefício de **Gleicyelle Lucyenne de Jesus Ferreira**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo, que deu parcial provimento ao recurso ministerial, redimensionando a pela imposta pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca da Capital/SP - Foro Central Criminal Barra Funda, em razão da prática do crime de tráfico de drogas, fixando-a em 5 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 500 dias-multa (Autos n. 0107422-59.2015.8.26.0050).

Alega a impetrante constrangimento ilegal consistente no redimensionamento da pena imposta, uma vez que entende ser aplicável à espécie a minorante do tráfico privilegiado e, consequentemente, a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, bem como a concessão de regime aberto de expiação.

Postula, então, a concessão da ordem nos termos propostos.

É o relatório.

Busca a impetração o reconhecimento da causa de diminuição referente ao tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06), a substituição da pena imposta por pena restritiva de direitos e a fixação de regime aberto de expiação.

A esse respeito, asseverou o acórdão ora impugnado (fls. 33/36 - grifo nosso):

> Análise da dosimetria, em conjunto com as demais pretensões recursais.
>
> As iniciais de ambos partiram com acréscimo de 1/6, 5 anos, 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, com justificativa calcada na quantidade de drogas, o que, como bem observado pelo Órgão Ministerial, se revelou insuficiente. De fato, a expressiva quantidade e diversidade dos entorpecentes - **119 PORÇÕES DE MACONHA (197,8G) E 2.211 DE COCAÍNA (1.178,3G)** -, somada ao mau antecedente de EVERTON (Proc. nº 0048490-88.2009 - fls. 168) -, enseja o recrudescimento das sanções, a teor da Lei nº 11.343/06, art. 42, caput, reputando-se justo, adequado e proporcional, 1/5, chegando-se a 6 anos de reclusão e 600 dias-multa.
>
> Na segunda fase, a despeito do disposto no CP, art. 67, a reincidência de EVERTON (Proc. nº 68036/2007 - 133 e 135) foi compensada com a confissão, o que não pode ser modificado, diante da ausência de recurso ministerial específico.
>
> Ausentes agravantes a GLEICYELLE, em razão da menoridade relativa - ora reconhecida - retornam aos mínimos de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.
>
> Na derradeira, não era mesmo o caso de incidência da minorante da Lei nº 11.343/06, art. 33, § 4º, ora cancelada com relação a GLEICYELLE, pois também não fazia jus à benesse, sem se olvidar da recidiva - inclusive específica - de EVERTON.
>
> Com efeito, como já assentou o STJ, a razão do aludido redutor é justamente punir com menos rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, cometendo um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 (REsp 1341280/MG, Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe 29/09/2014).
>
> Nesse sentido: "a mens legis da causa de diminuição de pena seria alcançar os condenados neófitos na infausta prática delituosa, configurada pela pequena quantidade de droga apreendida, e serem eles possuidores dos requisitos necessários estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06" (STJ, HC 202.617/AC, Ministro ADILSON VIEIRA MACABU, DJe 20/6/2011).
>
> Por isso, para a aplicação da redução são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes, a não integração a organização criminosa e ou dedicação a atividades delituosas.
>
> **No caso, a despeito da primariedade de GLEICYELLE, as**

> **particularidades - natureza dos entorpecentes, somada à apreensão de dinheiro, de origem não esclarecida e à falta de demonstração de que exercia qualquer atividade lícita -, revelam, obviamente, não se tratar de "pequena" traficante ou de "primeira viagem" - fazendo, do comércio ilícito de drogas, o modo de vida, lembrando-se que a mitigação não é direito subjetivo, até porque ninguém consegue expressivo volume de drogas sem se valer do narcotráfico.**
>
> Assim, expurgada a diminuição determinada, as penas repousam definitivas como inicialmente fixadas, 5 anos de reclusão e 500 dias-multa (GLEICYELLE) e 6 anos de reclusão e 600 dias-multa (EVERTON), à míngua de modificadoras.

Da análise dos trechos acima transcritos, verifica-se que a impossibilidade de incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 se encontra fundamentada em evidências concretas de que a paciente se dedicava a atividade criminosa, de modo que, adotar conclusão diversa demandaria a incursão em aspectos fático-probatórios, providência que é incabível nesta via estreita.

Nesse sentido: AgRg no HC n. 303.261/MS, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 30/5/2017, e AgRg no HC n. 241.072/SP, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 18/8/2017.

Em face do exposto, com fundamento nos arts. 38 da Lei n. 8.038/1990 e 210 do RISTJ, **indefiro liminarmente** a petição inicial.

Publique-se.

Brasília, 19 de fevereiro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator