HABEAS CORPUS Nº 493.922 - SP (2019/0046165-0)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO RODRIGO AUGUSTO TADEU MARTINS LEAL DA SILVA - SP330858
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	SIDNEY DOS SANTOS FERREIRA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de SIDNEY DOS SANTOS FERREIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 3018256-93.2013.8.26.0224).

Consta dos autos que o Paciente foi condenado às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pelo delito de tráfico de drogas, após ser preso em flagrante na posse de 67 (sessenta e sete) invólucros contendo cocaína, para difusão ilícita.

Foi-lhe deferido o apelo em liberdade, pois solto durante a instrução.

A sentença foi mantida pela Corte *a quo*, que negou provimento ao apelo defensivo (fls. 369-446).

Defende a Defensoria Pública Impetrante, em suma, que *"a minorante foi negada em desconsideração ao fato de que não há mínima prova segura nos autos de que o acusado integre organização criminosa perene e estável"* (fl. 6).

Afirma que *"aplicado o redutor, é certo que o paciente fará jus ao regime inicial aberto (CP, art. 33, §2º, "c"), com substituição da pena carcerária por restritiva de direito, nos termos do art. 44, I, do Código Penal"* (fl. 8).

Busca o Impetrante, em liminar, que o paciente possa aguardar o julgamento do *writ* em liberdade. No mérito, requer a concessão da ordem para *"a) seja aplicada ao ora paciente a minorante do §4º do art. 33 da Lei de Drogas, em seu grau máximo, pois preenchidos os requisitos de tal direito subjetivo público; e b) seja afixado o regime aberto a título de inicial executório, com substituição da pena nos moldes do art. 44, I, do Código Penal"* (fl. 9).

É o relatório.

Decido o pedido urgente.

Ao manter a sentença condenatória, que deixou de aplicar a minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, o acórdão impugnado ressaltou o seguinte (fl. 405):

> *"No caso concreto, foram encontrados 67 invólucros plásticos contendo cocaína, Pesando 27,29g, além da quantia de R$ 710,70, o demonstra, ainda mais, a impossibilidade da redução prevista no art. 33, §4°, da Lei n. 11.343/06, a evidenciar, a mais não poder, que ele se dedicava às atividades criminosas. Sendo assim, mantenho a não aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, §4°, da Lei n. 11.343/06, mesmo porque a testemunha Luiz Henrique, arrolada pela acusação, em Juízo, relatou que devia para o réu a quantia de R$ 120,00, pois havia comprado drogas de Sidney dos Santos em data anterior aos fatos tratados nestes autos, demonstrando claramente que o réu se dedicava à prática do narcotráfico."*

São condições para que o Condenado faça jus a diminuição da pena prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

Em juízo de cognição sumária, não é possível afastar a conclusão da Corte de origem quanto à dedicação do ora Paciente à atividade criminosa. Tal providência demanda aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, o que, como é sabido, salvo patente ilegalidade *primo ictu oculi*, afigura-se inviável na via estreita do *writ*.

No mesmo sentido:

> "HABEAS CORPUS. *POSSE DE MUNIÇÃO. ARTS. 12 E 16 DA LEI N. 10.826/2003. APREENSÃO DE APENAS DUAS MUNIÇÕES (SEM AS RESPECTIVAS ARMAS DE FOGO). MÍNIMA OFENSIVIDADE DA CONDUTA. ATIPICIDADE MATERIAL. FLEXIBILIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ABSOLVIÇÃO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS. CONCLUSÃO INVERSA. REEXAME DE PROVAS.*
>
> *[...]*
>
> *4. Quanto ao tráfico ilícito de entorpecentes, reconhecida a impossibilidade de incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão das evidências concretas de que o paciente se dedicava à atividade criminosa, adotar conclusão*

diversa demandaria a incursão em aspectos fático-probatórios, providência que é incabível nesta via estreita.

5. Ordem parcialmente concedida para, cassando-se o acórdão condenatório, absolver o paciente da prática dos delitos tipificados nos arts. 12 e 16 da Lei n. 10.826/2003, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal." (HC 325.085/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 12/04/2018).

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. BIS IN IDEM *NÃO EVIDENCIADO.* HABEAS CORPUS *NÃO CONHECIDO.*

[...]

VI - In casu, *o eg. Tribunal de origem, considerou, não somente a natureza da droga apreendida, mas também o local da apreensão para afastar o privilégio. Rever esse entendimento, para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus.*

Precedentes.

[...]

Habeas Corpus não conhecido." (HC 433.104/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 16/04/2018)

Por oportuno, ressalto que este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que as circunstâncias da apreensão de droga *"tem o condão de caracterizar que o agente se dedica a atividades criminosas, não fazendo jus à benesse da redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06."* (AgRg no REsp 1.584.298/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe 23/05/2018.)

De outro lado, o regime inicial fechado de cumprimento da pena foi estabelecido sob os seguintes fundamentos (fls. 405-406):

"Por fim, o regime inicial de cumprimento de pena para o réu deverá ser mesmo o fechado deverá ser mesmo o fechado, uma vez que a Lei n. 8.072/90, em seu art. 2ª, §1º, prevê expressamente que o regime inicial de cumprimento de pena para os crimes nela previstos será o

fechado, medida esta estabelecida em perfeita harmonia com o tratamento diferenciado e mais rígido conferido pela própria Constituição Federal aos crimes hediondos e equiparados (art. 5º, XLIII). Aliás, embora não desconheça a declaração incidental de inconstitucionalidade do dispositivo mencionado no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840, Rei. Min. Dias Toffoli, entendo que, por possuir eficácia 'inter partes', o controle de constitucionalidade difuso exercido pelo Supremo Tribunal Federal não vincula as Instâncias inferiores, apenas produzindo efeito naquele julgamento em especial, de sorte que, aqui, permaneço com o entendimento segundo o qual o tratamento impingido aos crimes hediondos e equiparados deve ser mais rigoroso, não cumprindo ao Poder Judiciário analisar a conveniência e adequação da política criminal do seu tratamento, matéria reservada ao Poder Legislativo, Órgão constitucionalmente competente para tanto."

No caso, considerando que a pena-base foi fixada no mínimo legal, com reconhecimento de circunstâncias judiciais favoráveis e a quantidade de droga não é exacerbada, vê-se que a Corte de origem fixou o regime inicial para o fechado **unicamente** sob o fundamento de que o crime de tráfico equipara-se ao hediondo.

E, como se sabe, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Ora, não é legítimo agravar o regime de cumprimento da pena, unicamente, com base na gravidade do crime. O regime apropriado, à espécie, é o **semiaberto**, conforme ditame do art. 33, § 2.º, alínea *b*, do Código Penal, segundo o qual "*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.*"

Incide, ademais, o Verbete n.º 440 da Súmula deste Tribunal, *verbis*:

"*Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.*"

Confiram-se, a propósito, os verbetes sumulares do Supremo Tribunal Federal:

"*A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo*

do que o permitido segundo a pena aplicada." (Súmula n.º 718)

"*A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*" (Súmula n.º 719)

Nesse contexto, demonstrada a plausibilidade do direito arguido, bem assim o prejuízo na mantença da ilegalidade por mais tempo, DEFIRO PARCIALMENTE a liminar, para determinar tão-somente, até o julgamento final do presente *writ*, a colocação do Paciente no regime inicial **semiaberto.**

Oficie-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao Juízo de primeiro grau, encaminhado-se-lhes cópias da presente decisão.

Requisitem-se informações ao Tribunal *a quo*, solicitando-lhe, ainda, chave de acesso às movimentações processuais.

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

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 18 de fevereiro de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora