HABEAS CORPUS Nº 494.832 - SP (2019/0052355-2)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO LUCIANA ANGELO ALMEIDA SANTOS - SP249568
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	LUCAS DOS SANTOS ALMEIDA

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DROGAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE TÓXICOS. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ILEGALIDADE. ADEQUAÇÃO AO ART. 33, §§ 2.º E 3.º, C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS N.ºs 440/STJ, 718/STF E 719/STF. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LUCAS DOS SANTOS ALMEIDA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0016577-10.2017.8.26.0050).

Consta dos autos que o Paciente foi condenado às penas de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 33, *caput*, c.c o art. 40, inciso VI, ambos da Lei de Drogas, após ser preso em flagrante, em 06/03/2017, na posse de 12 (doze) pinos de cocaína, pesando 12,2 g (doze gramas e dois decigramas), 5 (cinco) porções de crack, pesando cerca de 0,9 g (nove decigramas) e 7 (sete) “trouxinhas” de maconha, pesando cerca de 9,7 g (nove gramas e sete decigramas), para difusão ilícita.

Foi-lhe negado o apelo em liberdade.

A sentença foi mantida pela Corte *a quo*, que negou provimento ao apelo defensivo (fls. 32-42).

Defende a Defensoria Pública Impetrante, em suma, que da *"mera*

observância do acondicionamento da droga não é possível se inferir indícios de participação do paciente em organizações criminosas, ainda mais quando se considera sua primariedade" (fl. 3).

Afirma que, aplicado o redutor, é *"possível a fixação do regime aberto, e a substituição da pena privativa de liberdade, e até, também, o 'sursis' processual"* (fl. 4).

Busca o Impetrante, em liminar, que o paciente possa aguardar o julgamento do *writ* em regime aberto. No mérito, requer a concessão da ordem para *"a aplicação em patamar máximo da causa de diminuição de pena prevista no §4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, a substituição da pena privativa de liberdade imposta ao paciente por pena restritiva de direitos, fixando-se o regime aberto para o caso de descumprimento da pena alternativa"* (fl. 15).

Deferi parcialmente o pedido liminar às fls. 46-50, para determinar tão-somente, até o julgamento final do presente *writ*, a colocação do Paciente no regime inicial semiaberto.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 57-60 e 64-83, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se à fl. 86-94, opinando pela concessão da ordem, de ofício, apenas para que seja fixado o regime inicial semiaberto.

É o relatório.

Decido.

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. 38):

> *"Não cabe ser reconhecido o redutor previsto no § 4º, do artigo 33 da Lei de Drogas, porque as circunstâncias evidenciam que o apelante se dedicava ao tráfico de drogas.*
>
> *Frise-se que a* mens legis, *ao instituir o redutor supra, foi beneficiar o criminoso ocasional, que agiu de modo excepcional, não sendo este o caso dos autos, pois as circunstâncias da prisão, a quantidade significativa de droga e a nefasta natureza de parte das drogas apreendidas (cocaína em pó e na forma de crack) indicam que o apelante não agiu de modo isolado, casual, demonstrando, ao contrário, o envolvimento habitual com a atividade criminosa."*

São condições para que o condenado faça jus à diminuição da pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

Ora, se não estão preenchidos conjuntamente todos os requisitos legais – como no caso, no qual se concluiu que o Paciente se dedicava à atividade criminosa –, não é legítimo reclamar a aplicação da minorante.

Friso que a sentença expressamente ressaltou que os elementos contidos nos autos demonstram que o Acusado *"exercia a gerência mercantil no turno de sua prisão, demonstração de evidente familiaridade à mercancia de drogas, fazendo-o com experiência a ponto de que fosse eleito para professorar a arte da traficância, com ensinamentos à sua comparsa, essa, ao que parece, iniciante, recebendo do acusado apenas porções de ´maconha´ para vender, passos iniciais do ensinamento"* (fls. 28-29), evidenciando, assim, que se dedicava a essa atividade criminosa.

Desse modo, não é possível afastar a conclusão da Corte de origem quanto à dedicação do ora Paciente à atividade criminosa, o que necessitaria de aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, o que, como é sabido, 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)

Com efeito, o pleito de reforma do julgado para entender que o Condenado faz jus à causa de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 implicaria, necessariamente, o reexame de todo o conjunto fático-probatório, o que não se coaduna com a via eleita, consoante jurisprudência uníssona do Superior Tribunal de Justiça.

No que diz respeito ao regime prisional, a sentença condenatória, apesar da fixação da pena-base no mínimo legal e do reconhecimento da primariedade do Réu, assim se manifestou (fl. 30), *in verbis*:

"A pena será cumprida em regime inicial fechado artigo 2º. Parágrafo 1º da Lei 8.072 com a redação que lhe conferiu a Lei 11.464/07, porque adequado à periculosidade somente compatível aos que se dedicam aos meandros da traficância, somente acessíveis àqueles que demonstram habilidade, confiança e frieza necessária á garantia do lucro e silêncio sobre identidade de seus pares."

O Tribunal de origem, por sua vez, consignou os seguintes fundamentos

para manter o regime mais gravoso (fls. 38-39):

> *"Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, mantém-se o fechado, já que a prática criminosa perpetrada, além de atingir o bem jurídico tutelado pelo legislador, contribui para a prática de inúmeros outros ilícitos penais, tão ou mais graves que o agora imputado, como é notório. Aliás, o tráfico permite que marginais dados à prática de crimes contra o patrimônio, pelo uso de drogas ilícitas, adquiram 'coragem' para as empreitadas criminosas. Também o espúrio comércio faz campear a corrupção de agentes públicos, para permitir a continuidade dessas práticas delituosas. Não há como olvidar, ainda, das consequências dessa danosa conduta, a formar multidões de dependentes de drogas ilícitas, que causam a desagregação familiar. Igualmente como consequência do tráfico, tem-se a queda da produtividade do cidadão e a dependência do sistema público de saúde, já tão deficiente. E ninguém deve almejar um planeta de viciados. Frise-se que a imposição de regime mais brando acabaria gerando um incentivo à prática do comércio ilegal, causando na sociedade a sensação de impunidade daquele que do tráfico faz seu meio de vida. Por todos esses motivos, impõe-se o regime inicial fechado."*

Como se vê, razão assiste ao Impetrante ao afirmar que o regime prisional fechado foi fixado com base em fundamentação inidônea.

Na hipótese, verifica-se que a Paciente é primária, a pena-base foi fixada no mínimo legal e a pena definitiva foi estabelecida em *quantum* inferior a 8 (oito) anos de reclusão – 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão.

Se não há o reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, é ilegítimo agravar o regime de cumprimento da pena sem motivação idônea, como o fez o Magistrado sentenciante, que não teceu nenhuma consideração acerca da determinação do regime, bem como o Tribunal de origem, que fundamentou a manutenção do fechado com base na gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas.

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).

Destaco, ainda, o teor das Súmulas n.os 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente:

"*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."

"*A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*"

No mais, é aplicável, na hipótese, o entendimento sedimentado na Súmula n.º 440 deste Tribunal, *in 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.*"

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

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE A ORDEM de *habeas corpus* a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda imposta ao Paciente.

Comunique-se ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao Juízo da Execução Penal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 1º de abril de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora