HABEAS CORPUS Nº 500.070 - SP (2019/0081471-7)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO RICARDO LOURENCO DIAS FERRO - SP232689
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	JOAO VITOR CARDOSO DA SILVA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JOÃO VITOR CARDOSO DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Criminal n.º 0008542-61.2018.8.26.0071.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multas, como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, pois foi surpreendido, junto com o Corréu, com 20 (vinte) porções de cocaína, com peso de 4,14 g (quatro gramas e quatorze decigramas), 77 porções de *crack*, com peso de 12,2 g (doze gramas e dois decigramas), 42 (quarenta e duas) porções de maconha e 1 (uma) porção grande da mesma droga, em forma de tijolo, com peso de 1 kg (um quilograma) (fls. 37-46).

A Defesa e a Acusação apelaram, tendo o recurso ministerial sido provido para afastar a causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, elevando a reprimenda para 5 (cinco) anos de reclusão, com a manutenção do regime fechado (fls. 115-124).

No presente *writ*, o Impetrante sustenta, em síntese, que o Paciente faz jus à aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006 em seu patamar máximo, com o consequente abrandamento do regime inicial e a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

Salienta que a quantidade e a natureza das drogas apreendidas não justificam o afastamento da causa de diminuição de pena, pois não são suficientes para indicar que o Paciente se dedicava de forma habitual à prática de crimes (fl. 4). Destaca, ademais, que não não há provas de que o Condenado se dedique a quaisquer atividades criminosas ou integre organização criminosa.

Alega, ainda, que a quantidade e a natureza das drogas foram consideradas pelo Tribunal de origem para majorar a pena-base em 1/6 (um sexto) e igualmente para afastar a causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, o que é vedado, sob pena de ocorrência de *bis in idem* (fl. 7).

Aduz, outrossim, que o Paciente faz jus a regime inicial diverso do fechado, pois é primário e não tem antecedentes criminais. Argumenta que o regime mais gravoso foi determinado somente com base na natureza, variedade a na quantidade de drogas apreendidas (fl. 24).

Afirma, por fim, que o Condenado também faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal (fl. 31).

Requer, ao final, liminarmente, a aplicação da minorante disposta no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 em seu patamar máximo, o abrandamento do regime inicial e a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

É o relatório. Decido.

A concessão da tutela de emergência, em juízo de cognição sumária e singular, exige a demonstração concomitante, e em grau bastante satisfatório, da plausibilidade do direito arguido e do perigo na demora. Este pode até ser admitido; aquela, ao revés, não se evidencia isenta de dúvidas.

No caso, o Tribunal *a quo* realizou a dosimetria da pena do Paciente e manteve o regime fechado com base nos seguintes fundamentos (fls. 122-123):

> "*Na primeira fase da dosimetria, somente a pena-base do apelante Deivid foi exasperada, na razão de 1/6 (um sexto), em razão da presença de maus antecedentes. Contudo, a potencialidade lesiva das drogas, notadamente o 'crack' e a cocaína, apreendidas em grande quantidade, não foram consideradas como parâmetros para a análise do percentual adotado para o aumento da pena-base, aliás, critérios autorizados pelo artigo 42 da Lei de Drogas, que ressalta, expressamente, que tais circunstâncias devem ser sopesadas quando da dosimetria da reprimenda.*
>
> *Diante disso, considerando o reconhecimento da referida circunstância desfavorável aos apelantes, de rigor a majoração da pena-base do apelante João Vítor em 1/6 (um sexto), perfazendo 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, bem como elevo a pena-base de Deivid em 1/3 (um terço), tendo em vista a presença de duas circunstâncias desfavoráveis a ele, totalizando reprimenda de 06 (seis) anos e 08 (oito)*

meses de reclusão, e pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, calculados no mínimo legal.

Já na segunda fase da dosimetria, em razão do reconhecimento das atenuantes de confissão espontânea e de menoridade relativa, retorno a pena do apelado João Vítor ao mínimo legal.

Não há como se admitir satisfeitos os requisitos para a incidência da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06. Não é possível afirmar-se que o apelado João Vítor não se dedique à prática criminosa. Apesar de sua primariedade, tinha em seu poder grande quantidade (77 e 22 porções) de drogas cuja potencialidade lesiva é notória ('crack' e cocaína), tendo ele assumido que, no momento em que foi abordado, estava indo assumir seu turno no ponto de tráfico de drogas, o que levar a crer que não se trata de traficante inexperiente. É de rigor, portanto, o afastamento da minorante.

Constata-se a ausência de quaisquer circunstâncias modificadoras a incidir no cálculo, já que afastada a referida causa de diminuição de pena, as aludidas reprimendas se tornam definitivas.

O regime inicial não poderia ser outro que não o fechado.

Justifico, com inteligência do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Traficantes de substâncias entorpecentes, sejam de pequeno, médio ou grande porte, não têm o perfil de iniciar o cumprimento de sua pena que não mediante encarceramento. Mesmo o pequeno traficante merece uma punição severa. Basta que a venda de drogas seja realizada uma única vez, para que cause uma série de malefícios ao consumidor e que virá a repercutir a toda a coletividade.

O regime intermediário não se coaduna com as graves consequências que a mercancia de substâncias entorpecentes causam, não só ao usuário, com uma rápida deterioração da sua saúde física e mental, mas também ao corpo social (desestrutura familiar, estímulo à prática de outros crimes, como homicídios, latrocínios, extorsões etc.).

Ademais, a quantidade e natureza da droga apreendida, 22 porções de cocaína, 77 porções de 'crack', a quantidade total de mais de 1 kg de maconha, justificam, por si só, a fixação de regime mais severo para início do cumprimento da pena, pelo excessivo mal que podem causar à saúde pública, atingindo um número incontável de pessoas, podendo levar os usuários da droga traficada até a morte, o que bem revela a frieza, indiferença e, consequentemente, periculosidade do apelado, de modo a justificar o agravamento do regime inicial imposto na r. sentença de primeiro grau."

Inicialmente, no caso da pena-base aplicada, ainda que se reduza para o mínimo legal, para se afastar o *bis in idem* em razão da quantidade e natureza das drogas supostamente também utilizadas na terceira fase da dosimetria, não haveria reflexo imediato na reprimenda imposta ao Paciente, indispensável para a configuração do

periculum in mora, pois, fixada em 5 (cinco) anos, alcançaria o mesmo patamar aplicado pelo Tribunal de origem, já que a incidência das atenuantes não permitem a redução da pena abaixo no mínimo legal.

De outra parte, a Corte estadual afastou a incidência da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006 em razão do Paciente ter "*em seu poder grande quantidade (77 e 22 porções) de drogas cuja potencialidade lesiva é notória ('crack' e cocaína), tendo ele assumido que, no momento em que foi abordado, estava indo assumir seu turno no ponto de tráfico de drogas, o que levar a crer que não se trata de traficante inexperiente*" (fl. 122), o que, em princípio, não contraria a jurisprudência desta Corte Superior:

> "[...] *A quantidade de drogas apreendidas, especialmente quando atrelada a outras circunstâncias (forma de acondicionamento e variedade do entorpecente, local e* modus operandi *do delito, ausência de ocupação lícita do agente etc), indica a dedicação ao tráfico de drogas, impedindo, assim, a aplicação do § 4º. Ademais, é necessário o reexame de todo o conjunto fático-probatório para se chegar à conclusão de que o ora agravante faz jus à referida minorante, o que é vedado em habeas corpus.* [...]" (AgRg no HC 447.606/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 19/02/2019, DJe 26/02/2019.)

A quantidade de drogas apreendida foi empregada, ainda, pelo Tribunal de origem, para fundamentar a necessidade do regime mais gravoso, fato que, em juízo sumário, não ofende o enunciado da Súmula n.º 440/STJ, pois "*a natureza e a quantidade da droga apreendida constituem elementos idôneos a justificar a imposição do regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta*" (AgRg no HC 414.345/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2017, DJe de 15/12/2017).

Prejudicada, por conseguinte, a análise do pedido de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, que depende da aplicação da minorante supramencionada.

Assim, o presente caso não se enquadra nas hipóteses excepcionais passíveis de deferimento do pedido em caráter de urgência, por não veicular situação configuradora de abuso de poder ou de manifesta ilegalidade sanável no presente juízo perfunctório, devendo a controvérsia ser decidida após a tramitação completa do feito.

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar.

Requisitem-se informações do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Juízo singular, a serem instruídas com chave eventualmente necessária à consulta dos autos eletrônicos.

Após, ouça-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 1º de abril de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora