HABEAS CORPUS Nº 474.560 - SP (2018/0273366-2)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO VANESSA MORAIS KISS - SP314903
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ALLAN HENRIQUE BARBOSA DE OLIVEIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DETRAÇÃO PENAL. TESE NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE TÓXICOS. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. INVERSÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. ILEGALIDADE. QUANTIDADE DE PENA APLICADA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE. 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. *HABEAS CORPUS* CONHECIDO, EM PARTE, E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE CONCEDIDA A ORDEM.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ALLAN HENRIQUE BARBOSA DE OLIVEIRA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação n.º 0016690-27.2017.8.26.0320.

Consta nos autos que o Paciente foi condenado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, pois trazia consigo "*22,30 g de maconha distribuída em vinte e uma porções*" (fls. 151-156).

Irresignado, o Sentenciado interpôs apelação no Tribunal *a quo*, que negou provimento ao recurso (fls. 219-236).

Nas razões desta impetração, sustenta-se, em síntese, que o Paciente faz jus à minorante do tráfico privilegiado em patamar máximo, pois preenche os requisitos

previstos no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, informando, ainda, que a existência de outro processo criminal em curso bem como circunstâncias referentes à quantidade e à natureza das drogas não impedem o benefício.

Aponta-se a existência de flagrante ilegalidade na imposição do regime inicial fechado, tendo em vista que são favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, bem como em razão do tempo de prisão provisória do Paciente, o qual deverá ser considerado, nos termos do art. 387, § 2.º, do Código de Processo Penal.

Por fim, argumenta-se ser possível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Pleiteia-se, liminarmente, a suspensão da execução da pena até o julgamento final do *writ* e, no mérito, o reconhecimento do tráfico privilegiado, com a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

O pedido liminar foi **deferido**, em menor extensão, "*tão somente para assegurar ao Paciente o cumprimento da pena imposta no regime inicial semiaberto até o julgamento definitivo deste* writ" (fl. 251).

As informações foram prestadas às fls. 258-270.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 273-284, opinando "*pela concessão da ordem de ofício para declaração de atipicidade de conduta ou, subsidiariamente, pela aplicação da minorante do tráfico privilegiado e a fixação do regime aberto para o cumprimento da pena*" (fl. 284).

É o relatório.

Decido.

Preliminarmente, cumpre salientar que a tese de detração penal não foi objeto de apreciação pelo Tribunal de origem, o que impossibilita a sua análise diretamente por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

No mais, verifica-se que o Juízo de primeiro grau, ao afastar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, valeu-se da seguinte fundamentação, *in verbis* (fls. 155-156; sem grifos no original):

> "[...]
> *Desde já deve ser repelida a faculdade prevista no § 4º do art. 33 da atual Lei nº. 11.343/06, diante do volume de tóxico apreendido, tratando-se de considerável volume, até mesmo sendo apreendido o*

produto da venda ilícita.

Disse ainda o réu que quando adolescente já sofreu internação em razão do tráfico de drogas, percebendo-se a impropriedade na concessão da benesse.

O critério para aplicação do benefício é subjetivo e efetivamente não pode ser alcançado por quem traz mais de vinte porções de maconha, tendo ainda em seu poder o fruto da venda ilícita.

Aliás, tal previsão legal na verdade é absolutamente anacrônica e contrária ao que exige a sociedade brasileira no atual momento.

O tráfico de drogas é o sustentáculo do crime organizado, seja em que nível for e a simples primariedade e bons antecedentes não podem se consistir em verdadeiro escárnio à função preventiva e repressiva da lei penal.

Há quem se refira a um benefício ao chamado traficante de primeira viagem, o que seria salutar, mas no atual momento, onde pessoas são queimadas vivas após um roubo, pais são assassinados por filhos e vice-versa, criminosos de dentro de presídios comandam toda a sorte de crimes, indaga-se se o legislador futuramente também não concederá o mesmo benefício a latrocidas, homicidas, estupradores, todos de 'primeira viagem'.

Conhecendo-se a benevolência do legislador penal pátrio, o que vem provocando verdadeira comoção à sociedade indefesa, conceder o referido benefício seria perigosa porta para futuras analogias que somente tem por escopo permitir o retorno ao convívio social de criminosos com personalidade distorcida e que expõem pessoas inocentes ao contato letal com entorpecentes."

A Corte de origem, por sua vez, manteve o afastamento da minorante em epígrafe, consignando, *in verbis* (fl. 234; sem grifos no original):

"[...]

Impossível a aplicação do redutor de pena previsto no art. 33, §4º, da Lei de Drogas. Neste caso, o réu foi preso em flagrante delito, às 13.30 horas do dia útil 29.08.2017 (fls. 20), com expressiva quantidade de drogas, ***em local conhecido pelo tráfico de entorpecentes****. Ainda, não comprovou exercício de atividade lícita, tudo a indicar que o réu fazia do crime de tráfico de drogas seu meio de subsistência. Todas as circunstâncias deste caso concreto revelam a dedicação do réu à atividade criminosa, obstando, assim, a incidência do redutor de pena.*"

Convém ressaltar que, consoante dispõe o referido dispositivo legal, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

No caso, as instâncias ordinárias rejeitaram a caracterização do tráfico

privilegiado com lastro na existência de indícios de que o ora Paciente se dedicava à atividade criminosa, tendo em vista que, na adolescência, já sofreu internação em razão do tráfico de drogas e por ter sido preso em local conhecido como ponto de tráfico ilícito de entorpecentes. Tais circunstâncias, conforme julgado desta Corte Superior, justificam a não aplicação do redutor, porquanto "[***a***] ***existência de atos infracionais*** *praticados pelo agente, embora não caracterizem reincidência ou maus antecedentes,* ***podem denotar dedicação às atividades criminosas, de modo a justificar a negativa da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, ante o não preenchimento dos requisitos legais***" (AgInt no HC 467.947/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 01/02/2019; sem grifos no original).

Desse modo, não é possível afastar a conclusão das instâncias de origem quanto à dedicação do Apenado à atividade criminosa, pois necessitaria de aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é inviável na via estreita do *writ*.

Acerca do tema, cito os seguintes precedentes:

> "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; sem grifos no original.)

Quanto ao pedido de alteração do regime inicial, o Juízo de primeiro grau entendeu que "o *regime inicial para o cumprimento da pena deve ser o fechado, tendo em vistas as recomendações da Lei nº 8.072/90, já que se trata de delito hediondo*" (fl. 155).

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve a imposição do regime inicial fechado ao Paciente sob os seguintes argumentos (fl. 235):

"[...]

A r. sentença fixou regime inicial fechado para cumprimento da pena, o que fica mantido. Para o delito de tráfico de drogas, o regime inicial é mesmo o fechado. Todo indivíduo que participa de narcotráfico revela extrema periculosidade.

O crime em tela intranquiliza a população e vem crescendo, causa problemas gravíssimos ao bom convívio familiar. Essa difusão há de ser coibida pelo Estado-Juiz, o qual, ao impor regime mais rigoroso, não só retirará o malfeitor perigoso do convívio social, mas também evitará que ele continue a exercer suas atividades ilícitas, viciando pessoas e destruindo famílias."

Todavia, 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 da pena nestes crimes, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59,

ambos do Código Penal, e as Súmulas n.os 440/STJ e 718 e 719/STF.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. RACIONALIZAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO HEROICO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. INDEFERIDA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FUNDAMENTO NA HEDIONDEZ DO DELITO E NA GRAVIDADE ABSTRATA DA CONDUTA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PRIMARIEDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO.*

[...]

2. ***O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES em 27/6/2012, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe conferiu a Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados.***

*3. Em 1º/9/2010, quando do julgamento do HC n. 97.256/RS, a Corte Suprema declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade das expressões '*vedada a conversão em penas restritivas de direito*' e '*vedada a conversão de suas penas em restritivas de direito*', constantes, respectivamente, do §4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.*

4. ***Caso em que o regime fechado foi aplicado à pena reclusiva imposta à paciente, mais severo do que a reprimenda comporta, sem fundamentação idônea, apenas com fulcro na hediondez do delito e na gravidade abstrata da conduta****. Afronta ao art. 93, IX, da Constituição da República, e ao Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte Superior de Justiça, segundo o qual: '*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*'. Nos mesmos termos, estão os Enunciados n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, também afrontados pelas instâncias ordinárias.*

5. Considerando o quantum *da condenação (1 ano, 11 meses e 10 dias), a primariedade da paciente, o fato de não lhe terem sido apontadas circunstâncias judiciais desfavoráveis e o preenchimento dos pressupostos previstos no art. 44 do Código Penal, configura constrangimento ilegal a aplicação do regime inicial fechado e a negativa de substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.*

6. Habeas corpus *não conhecido. Ordem concedida de ofício,*

para alterar o regime de cumprimento de pena para o aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais." (HC 360.539/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016, sem grifos no original.)

Confiram-se, ainda, os mencionados verbetes sumulares:

"*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.*" (Súmula n.º 440 do STJ)

"*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 do STF)

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

No caso, considerando a ausência de fundamentação adequada, o *quantum* de pena estabelecido, a primariedade do Condenado e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se adequada a fixação do regime inicial semiaberto, conforme o disposto no art. 33, § 2.º, alínea *b*, e § 3.º, do Código Penal.

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

Ante o exposto, CONHEÇO EM PARTE do *habeas corpus* e, nessa extensão, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem tão somente para, confirmando a liminar, fixar o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 02 de abril de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora