

HABEAS CORPUS Nº 488.671 - SP (2019/0005997-9)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RODRIGO CÉSAR JERONYMO - SP235675**

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ALISSON JORDAO RIOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. 337 G DE MACONHA E 213,36 G DE *CRACK*, ALÉM DA POSSE DE UMA BALANÇA DE PRECISÃO. PACIENTE PRIMÁRIO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. ÚNICO FUNDAMENTO PARA A CARACTERIZAÇÃO DE DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. NOVA DOSIMETRIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. Ordem concedida nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **Alisson Jordao Rios** contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação Criminal n. 0001797-38.2017.8.26.0544.

O paciente foi condenado pelo crime tipificado no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 – **337 g de maconha e 213,36 g de crack, além da posse de uma balança de precisão** – às penas de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa. Em apelação, o Tribunal de origem manteve a sentença.

A Defensoria Pública requer, em liminar, que o paciente aguarde o julgamento final deste *writ* em liberdade ou, subsidiariamente, em regime semiaberto. No mérito, postula a aplicação do redutor de que trata o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar de 1/2, a fixação de regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Liminar indeferida pela Presidência deste Superior Tribunal (fls. 56 e 57).

Informações prestadas (fls. 66/112).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem (fls. 114/121).

É o relatório.

In casu, verifico constrangimento ilegal capaz de justificar o processamento da impetração.

Nesse contexto, o Juízo de primeira instância, ao proferir a sentença condenatória, entendeu que a quantidade de droga apreendida indica que o paciente mantém íntima ligação com o crime organizado e que, portanto, era óbice para aplicação da redutora, malgrado ele seja primário e de bons antecedentes (fl. 75):

[...] Deixo de aplicar a causa especial de diminuição prevista no artigo 33, parágrafo 4º da Lei nº 11.343/2006, uma vez que não foram preenchidas pelo agente da infração penal as condições legais exigidas à espécie (subjetivas).

Nesse particular, observo que, embora o acusado seja primário e que não possua antecedentes criminais (vide Folha de Antecedentes Criminais), a apreensão, em seu poder, de grande quantidade e variedade de entorpecentes indicam que ele mantém íntima ligação com o crime organizado ou com alguma espécie de organização criminosa, o que não autoriza a concessão do benefício pretendido.

[...]

Igualmente, da análise do voto condutor do acórdão *a quo*, a exemplo do decreto condenatório, denota-se que a quantidade de entorpecentes (**337 g de maconha e 213,36 g de crack, além da posse de uma balança de precisão**) serviu de único fundamento para a conclusão de que o paciente se dedicava a atividades criminosas, a afastar, conseqüentemente, a condenação por tráfico privilegiado, *in verbis* (fls. 49 e 50 – grifo nosso):

[...] As penas aplicadas devem ser mantidas. As básicas foram fixadas nos mínimos legais, em que pese a grande quantidade e diversidade de drogas apreendidas; contudo, como não houve recurso do Ministério Público, nesse sentido, não há o que ser alterado. Na segunda fase, ausentes atenuantes e agravantes genéricas a serem consideradas. Na terceira fase da dosimetria, corretamente, foi-lhe negado o benefício, previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, em razão da grande quantidade de drogas apreendidas, de forma a demonstrar que o réu não era jejuo na traficância, finalizando-as, assim, em cinco (05) anos de reclusão e pagamento de quinhentos (500) dias-multa.

[...]

Na mesma linha de raciocínio, ao fixar o regime inicial de sanção penal, as instâncias de origem fixaram o fechado em decorrência da natureza hedionda do tráfico

de entorpecentes (fl. 51).

Logo, cabível a revisão da dosimetria.

Assim, na primeira fase, ao paciente, não reincidente, com todas as circunstâncias judiciais favoráveis, é cabível a fixação da pena-base no mínimo legal, qual seja, 5 anos de reclusão, apesar da considerável quantidade de entorpecentes apreendida – 337 g de maconha e 213,3 g de *crack*, além da posse de uma balança de precisão –, a qual não poderá ser considerada porque inexistente recurso do Ministério Público, em respeito ao princípio do *non reformatio in pejus*.

Nesse sentido: *devendo ser mantida a pena-base fixada pelas instâncias ordinárias, em respeito à regra non reformatio in pejus* (HC n. 465.197/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 19/3/2019)

Tendo em mente o princípio da concretude, na segunda fase, ausentes atenuantes e agravantes genéricas a serem consideradas.

Na terceira fase da dosimetria, cabível a aplicação do redutor referente ao § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 na fração de 2/3 – a pena será reduzida a 1 ano, 8 meses de reclusão, a ser fixada como definitiva. Faz jus, o paciente, ao regime aberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal, bem como à substituição de pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo da execução.

Ora, conforme posicionamento firmado neste Superior Tribunal, tratando-se de réu primário, fixada a pena-base no mínimo legal e aplicado o redutor no grau máximo (2/3), mostra-se inadmissível a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que aquele previsto para a sanção aplicada, com base apenas na gravidade abstrata do delito (Súmula 440/STJ). No mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719/STF.

Erigida essa premissa, oportuna a manifestação da Subprocuradoria-Geral da República no sentido da concessão da ordem (fls. 116 e 117):

[...] Não se mostra razoável nem proporcional o afastamento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas em razão dos fundamentos apresentados, tendo em vista que o paciente possui circunstâncias judiciais favoráveis, sendo reconhecidamente primário, sem antecedentes criminais, não

havendo nenhuma comprovação nos autos de que se dedique a atividades criminosas ou que integre organização criminosa.

Assim, nesse ponto, merece reparo a dosimetria da pena nesta via mandamental.

[...]

Não há violação dos preceitos processuais quando o Magistrado adota os termos da manifestação ministerial *como razões de decidir* (RHC n. 31.266/RJ, Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Quinta Turma, DJe 18/4/2012).

Feitas essas considerações, verifico ilegalidade flagrante apta à concessão da ordem nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal.

Ante o exposto, com fulcro no art. 34, XVIII, *a*, do RISTJ, **concedo** a ordem para cassar o acórdão impugnado e determinar a condenação do paciente como incurso no art. 33, *caput*, c/c o § 4º da Lei n. 11.343/2006, com pena privativa de liberdade de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída a pena por duas restritivas de direitos a serem implementadas pelo Juízo da Execução Penal, revogando-se a prisão preventiva – cujo cumprimento deverá observar se o acusado não há de ser mantido preso por qualquer outra razão –, consoante este *writ*.

Comunique-se com urgência.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 04 de abril de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator