

**HABEAS CORPUS Nº 501.376 - SP (2019/0089425-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
ROSILENE CRISTINA OTAVIANO - SP403544  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : FELIPE ALVES SOARES (PRESO)

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de FELIPE ALVES SOARES apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 0007182-91.2015.8.26.0590).

Consta dos autos que o paciente foi condenado às penas de 2 anos e 11 meses de reclusão, em regime aberto, e de 291 dias-multa, pela prática do crime do art. 33, *caput* e § 4º, c/c o art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista a apreensão de: 28 pedras de **crack** pesando **6,50g (seis gramas e cinquenta centigramas)**; 21 flaconetes de **cocaína**, com a massa de **4,20g (quatro gramas e vinte centigramas)**; e 4 porções de **maconha**, com peso de **5,50g (cinco gramas e cinquenta centigramas)** – e-STJ fls. 29 e 36, nas imediações de estabelecimento de ensino. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas medidas restritivas de direitos.

A apelação criminal da defesa foi desprovida, enquanto o recurso ministerial foi provido, a fim de afastar a minorante prevista no § 4º do art. 33 e de aumentar a fração referente à causa de aumento do inciso III do art. 40, ambos da Lei n. 11.343/2006, redimensionando-se as penas para 7 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, e 750 dias-multa, e revogando-se a substituição da pena privativa de liberdade. Determinou-se, ainda, a execução provisória da pena. Eis a ementa do acórdão (e-STJ fls. 46/47):

*TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06)  
APELO DEFENSIVO ABSOLVIÇÃO AUSÊNCIA DE PROVAS OU  
DECLASSIFICAÇÃO PARA A FIGURA DO ARTIGO 28, DA LEI  
DE DROGAS DESCABIMENTO MATERIALIDADE E AUTORIA  
DELITIVA BEM DEMONSTRADA PALAVRAS DOS AGENTES DA  
LEI QUE MERECEM PRIMAZIA NA FORMAÇÃO DO  
CONVENCIMENTO, REVESTIDOS DE CREDIBILIDADE,  
INCONSISTENTE A NEGATIVA DE AUTORIA CONDENAÇÃO  
MANTIDA EM FACE DO ACERVO DA PROVA QUANTIDADE,*

*DIVERSIDADE, NATUREZA E MODO COMO AS DROGAS ESTAVAM EMBALADAS, EVIDENCIAM O TRÁFICO, FICANDO AFASTADO O PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO CAUSA DE AUMENTO NÃO AFASTAMENTO COMPROVAÇÃO DE QUE O RÉU SE UTILIZAVA DO ESTABELECIMENTO DE ENSINO PARA GUARDAR AS PORÇÕES DOS ENTORPECENTES, DEMONSTRANDO PERSONALIDADE DETURPADA - RECURSO DEFENSIVO DESPROVIDO.*

*RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PEDIDO DE AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO PARÁGRAFO 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI N 11.343/2006 ACOLHIMENTO MODO COMO OS ENTORPECENTES ESTAVAM ACONDICIONADOS, QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS E, PRINCIPALMENTE, AS CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO E AS PROVAS CARREADAS AOS AUTOS, QUE REVELAM QUE O RÉU SE DEDICAVA, COM HABITUALIDADE, À ATIVIDADE CRIMINOSA DO TRÁFICO DE DROGAS, FATORES QUE IMPEDEM A APLICAÇÃO DO REDUTOR COMPROVAÇÃO DE QUE FAZIA DO TRÁFICO O SEU MEIO DE VIDA PRIVILÉGIO AFASTADO CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ARTIGO 40, INCISO III, DA LEI DE DROGAS AUMENTO NA FRAÇÃO NECESSÁRIO RÉU QUE SE UTILIZAVA DA ESCOLA PARA GUARDAR AS DROGAS E PRATICAR A VENDA ILÍCITA REPRIMENDAS READEQUADAS PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL E FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO NECESSIDADE ACOLHIMENTO GRAVIDADE DO CRIME QUE IMPÕE A FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO, MOSTRANDO-SE IMPERIOSO, SENDO O MAIS ADEQUADO À ESPÉCIE PRECEDENTES COM A IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO, FICA AUTOMATICAMENTE REVOGADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL IMPOSTA EM PRIMEIRO GRAU INSUFICIENTE PARA REPRESSÃO E PREVENÇÃO DO DELITO RECURSO MINISTERIAL PROVIDO, EXPEDINDO-SE O RESPECTIVO MANDADO DE PRISÃO EM DESFAVOR DO RÉU.*

No presente *writ*, a defesa alega constrangimento ilegal decorrente do aumento da pena-base, do afastamento da minorante do tráfico, do recrudescimento do regime e da imediata expedição de mandado de prisão, uma vez que o aresto impugnado aponta tão somente a quantidade de drogas apreendidas. No entanto, defende, trata-se de pequena quantidade de entorpecentes, de forma que é inidônea a fundamentação utilizada pela Corte de origem.

Pertinente à pena-base, preconiza que ela foi majorada com base na quantidade e na natureza dos estupefacientes apreendidos. Argumenta que a natureza não

pode ser utilizada para tanto, pois ela já foi sopesada pelo legislador ao incluir o entorpecente na lista de substâncias proscritas a fim de tipificar o delito de tráfico de drogas. Reitera, ainda, que a quantidade é extremamente reduzida e não justifica o incremento da basal.

Sustenta que o paciente preenche todos os requisitos legais para que seja aplicada a benesse do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no máximo legal de 2/3, notadamente porque a quantidade de entorpecentes encontrada com o paciente não permite concluir que ele se dedicava às atividades criminosas ou integrava organização criminosa. Ressalta que a existência de processo inapto para gerar a reincidência e a ausência de comprovação de exercício de atividade laborativa lícita não são motivações idôneas para conduzir ao entendimento de que o paciente se dedicava com habitualidade ao tráfico de drogas.

Por consequência, pede a imposição do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por sanções alternativas, asseverando que o tráfico privilegiado não se equipara a delito hediondo. Aduz que a gravidade abstrata do delito não justifica o recrudesimento do regime. Invoca, outrossim, o teor das Súmulas n. 718 e 719/STF.

Insurge-se contra a execução provisória da pena, sob o argumento de que é imprescindível o trânsito em julgado da condenação, notadamente em se considerando que o paciente respondeu ao processo em liberdade e que foi imposto o regime fechado sem motivação suficiente. Invoca o princípio da presunção de inocência.

Requer, liminarmente e no mérito, a redução da pena-base ao mínimo legal, a aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima, o regime aberto, a substituição da pena reclusiva por medidas restritivas de direitos e a imediata expedição de alvará de soltura.

É, em síntese, o relatório.

A liminar em *habeas corpus*, bem como em recurso ordinário em *habeas corpus*, não possui previsão legal, tratando-se de criação jurisprudencial que visa a minorar os efeitos de eventual ilegalidade que se revele de pronto.

Na espécie, verifico presente constrangimento ilegal apto a justificar o deferimento da medida de urgência.

A fim de delimitar a *quaestio*, passo a colacionar os seguintes excertos do aresto impugnado (e-STJ fls. 53/64):

*Sopesadas as diretrizes estabelecidas no artigo 59, do Código Penal, bem como ao descrito no artigo 42, da Lei n. 11.343/2006, o Magistrado a quo fixou a pena base 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, levando em consideração a quantidade e a característica das drogas apreendidas, em conformidade com o disposto no artigo 42, da Lei de Drogas, em 05 anos e 10 meses de reclusão, mais pagamento de 583 dias-multa, no piso legal.*

*Na segunda fase, presente a circunstância atenuante da menoridade relativa, reconhecida pelo Magistrado, as reprimendas retornaram ao patamar mínimo legal (05 anos de reclusão e 500 dias- multa), em respeito ao disposto na Súmula 231, do C. Superior Tribunal de Justiça: “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.*

*Na terceira fase, o MM. Juiz de Direito aplicou a causa de aumento, referente ao inciso III, do artigo 40, da Lei de Drogas, uma vez que o crime teria sido praticado nas imediações de estabelecimento de ensino, exasperando a pena em 1/6 (um sexto), chegando a 05 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa, no piso legal. Ainda, nessa derradeira fase, o acusado foi beneficiado com o redutor (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06), em seu grau médio, ou seja, em ½ (metade), reduzindo-se as reprimendas para 02 anos e 11 meses de reclusão, mais pagamento de 291 dias-multa, no piso legal, tornando-as definitivas.*

*Contudo, nessa terceira fase, merece prosperar o pedido do Ministério Público.*

*Conforme pleiteado pelo douto membro do parquet e acolhido por esta Relatora, incabível a aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, uma vez que restou configurado que o acusado não se trata de um traficante eventual, mas sim, que se dedica à atividade criminosa do tráfico de drogas, pois, diante das circunstâncias do crime descritos na denúncia, bem como a quantidade, a diversidade e natureza dos entorpecentes apreendidos, em especial a droga cocaína, altamente viciante e lesiva à saúde pública, constata-se que Felipe não poderia ser considerado como neófito.*

*As circunstâncias como se deram os fatos e a prisão em flagrante do réu, posto que Policiais Civis visualizaram-no em plena atividade ilícita do comércio de drogas, além da quantidade, diversidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos, em especial a cocaína, substância altamente nociva à saúde, com alto poder viciante, além de apreensão em dinheiro, encontrados em poder do réu, mostram-se como circunstâncias idôneas para impedir a aplicação do benefício do redutor, uma vez denotadora de que,*

*para ter acesso a elas, claramente se incorporou à organização criminosa, ou, no mínimo, tem se dedicado frequentemente à traficância, critério jurisprudencial encontrável tanto no Col. Supremo Tribunal Federal (RHC 117.867/MG rel. Min. Luiz Fux j. 22.10.2013), quanto no E. STJ (AgRg no AREsp 359.220/MG rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura j. 3.9.2013 e AgRg no AREsp 180.580/MG mesma rel. j. 7.3.2013).*

*Não se há confundir a teleologia do redutor, voltado para infratores de menor potencial, de acordo com o intuito do legislador, o que não é o caso. Oportuno remeter ao escólio do E. Des. Geraldo Wohlers, da 3ª Câm. de Direito Criminal deste Tribunal de Justiça, no julgamento da Apel. n. 0001734-82.2010.8.26.0568, em 19.7.2011:*

*[...]*

*Ademais, reitero: a Lei de Drogas faculta (grifo nosso) ao magistrado sem obrigar a concessão do redutor, estando ele livre ainda para estabelecê-lo no patamar que entender adequado, diante da análise do caso concreto, respeitando-se o princípio da individualização da pena. E no caso não caberia a aplicação da benesse em razão das características do crime apurado, que se revelou típico de quem se dedica às atividades criminosas, deixando, assim, de preencher um dos requisitos do citado dispositivo, além da quantidade expressiva de droga apreendida e sua natureza (cocaína), fatores já mencionados.*

*Ora, ainda que não se tenham provas exatas, inconcussas, sobre a organização criminosa à qual pertencia, evidente que para vender e negociar drogas em qualquer lugar, o acusado deveria necessariamente estar inserido na estrutura da criminalidade estabelecida naquela região, ressabido que não há, ainda, “livre concorrência” na venda de drogas. E não se trata aqui de suposição ou mera conjectura, pois é de conhecimento público a disputa de pontos de venda de drogas entre organizações criminosas rivais. Notório que a atividade da traficância assumiu características de negócio, sendo hoje fonte de renda do crime organizado, até porque os responsáveis pela estruturação da venda de drogas controlando as etapas de produção, transporte e acondicionamento não confiariam a entrega a consumidor final a uma pessoa que não gozasse da confiança deles, ou que não tivesse com eles algum vínculo (grifo nosso).*

*Enfim, havendo indícios do envolvimento do acusado com a criminalidade, descabido o redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, ainda mais na sua fração máxima.*

*Valendo trazer à colação, como já se decidiu, que a conduta social do réu, a quantidade e a natureza do entorpecente, além das circunstâncias em que a droga foi apreendida podem constituir o amparo probatório para o magistrado reconhecer a dedicação do réu à atividade criminosa (RHC nº 116.926/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. em 20.8.2013; HC nº 116.541/ES, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 6.6.2013; HC nº 98.366/MG, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 5.2.2010).*

*Afasto, portanto, o redutor, por entender não cabível sua concessão ao caso sob análise.*

[...]

*Diante do exposto, passo a readequar as reprimendas impostas.*

*Nessa terceira fase, as penas merecem reparo, devendo ser mantidas no patamar fixado na primeira e na segunda fase (05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa). Em razão do explanado, aumento as penas pela 1/2 (metade), em virtude da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas, perfazendo a pena de 07 anos e 06 meses de reclusão e pagamento de 750 dias-multa, no mínimo legal, tornando-as definitivas em razão do afastamento do privilégio concedido em Primeiro Grau (artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06).*

**No tocante ao regime prisional, considerado o quantum das penas e as circunstâncias dos fatos, fixo o regime inicial fechado, merecendo guarida nesse ponto, também, o inconformismo ministerial, posto que o Magistrado a quo fixou erroneamente o regime inicial aberto para o cumprimento da reprimenda, substituindo-a, ainda, por restritivas de direitos.**

*Não se desconhece a decisão do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal (Habeas Corpus nº 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 14.06.2012) que declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei de Crimes Hediondos, o qual prevê o cumprimento da pena em regime inicialmente fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados.*

*Importa consignar que tal decisão deu-se incidentalmente, sem efeito erga omnes.*

*Ademais, é entendimento majoritário deste c. Tribunal de Justiça a aplicabilidade da referida norma, o que obriga à fixação do regime inicial mais severo, como se retira do teor de recente acórdão da lavra do Eminentíssimo Des. Edison Brandão:*

*“Por fim, mantenho o regime inicial fechado para início do desconto da corporal, sendo o único compatível com o delito, dada a determinação legal em se tratando de crime hediondo (art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90). Cumpre observar que o ilícito do qual ora se trata, equiparado a hediondo, tem como principal engrenagem motora a dependência química e psíquica, principalmente por parte de jovens de diferentes classes sociais, o que acaba por resultar no aumento da criminalidade pelo cometimento de crimes mais graves em prol do sustento de tal vício. Daí o reconhecimento da alta periculosidade da conduta, de forma que o cumprimento de pena privativa de liberdade em regime fechado permitirá aos réus uma maior recuperação, bem como a importante reflexão quanto ao impacto social e a gravidade de sua conduta.” (TJSP AP 0002479-41.2010, Rel. Edison Brandão, j. 02/07/2013).*

*Por esta razão, mesmo que a quantidade da pena imposta permitisse estabelecer regime inicial mais benéfico, sempre dependerá, em última análise, do exame da culpabilidade da agente, de seus antecedentes, de sua conduta social, de sua personalidade, bem como dos motivos, das circunstâncias e das consequências do crime.*

***Dessa forma, diante da análise do caso concreto, consoante os termos dos artigos 59 e 33 do Código Penal, levando-se em***

*consideração as circunstâncias judiciais totalmente desfavoráveis ao réu, já outrora descritas, e as gravíssimas consequências causadas à sociedade pelo crime de tráfico de entorpecentes, impõe-se a adoção do regime mais gravoso.*

[...]

*E por derradeiro, condenado o réu a cumprir pena no regime inicial fechado, cumpre lembrar a recente decisão do plenário do c. Supremo Tribunal Federal no julgamento do habeas corpus nº 126.292/SP, de relatoria do Min. Teori Zavascki, em 17.2.2016, confirmado ainda tal posicionamento em mais recente decisão da Suprema Corte (HC nº 135.407/DF, rel. Min. Edson Fachin, j. em 2.8.2016), em que, acertadamente se corrige posicionamento anterior questionável e se passa a admitir o cumprimento da pena após condenação ou confirmação em segunda instância, exatamente como no presente caso. Razoável, portanto, não conceber que continue o acusado a recorrer em liberdade.*

*Como se ressaltou no citado writ, não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador **determinar o imediato início do cumprimento da pena**, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias, não havendo qualquer comprometimento do princípio constitucional da presunção de inocência.*

*Nem se olvidando que mais recentemente, na data de 11 de novembro de 2016, a Corte Suprema reconheceu, à unanimidade, a repercussão geral no Ag no RE nº 964.246/SP, de relatoria do e. Ministro Teori Zavascki, que trata da execução provisória de condenação em segunda instância, reafirmando a orientação predominante sobre a matéria.*

*Ante o exposto, nego provimento ao recurso defensivo. Por outro lado, dou provimento ao recurso do Ministério Público para afastar a causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, e aumentar a fração referente a causa de aumento, prevista no artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas, condenando o réu Felipe Alves Soares, ao cumprimento de 07 anos e 06 meses de reclusão, mais pagamento de 750 dias-multa, no piso legal, bem como revogar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, e fixar o regime inicial fechado para cumprimento da pena. Expeça-se mandado de prisão. (Grifei)*

Conforme se extrai do excerto acima colacionado, vislumbro a ocorrência de flagrante ilegalidade apta a ensejar o deferimento da liminar no writ.

Isso porque, em uma análise não exauriente e meramente superficial, ao que parece, a exasperação da pena-base não se mostra adequada, tendo em vista que foram apreendidos 6,50g (seis gramas e cinquenta centigramas) de crack, 4,20g (quatro gramas e vinte centigramas) de cocaína e 5,50g (cinco gramas e cinquenta centigramas)

de maconha (e-STJ fls. 29 e 36), quantidade de drogas que não se mostra exacerbada ao ponto de extrapolar os limites de reprovabilidade já ínsitos ao tipo penal em tela.

Ademais, ao menos em uma análise perfunctória, não foi apresentada fundamentação suficiente para o afastamento do redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, circunstância que tem implicações severas no *quantum* final da pena e, por conseguinte, no regime inicial de cumprimento de pena a ser fixado.

Na espécie, considerando a inexpressiva quantidade de entorpecentes apreendidos, bem assim a plausibilidade do pedido de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista na Lei de Drogas, entendo que deve ser o paciente transferido, mesmo em juízo sumário, ao regime aberto.

Ante o exposto, **defiro a liminar, em menor extensão**, para assegurar ao paciente o direito de aguardar, no regime aberto, o julgamento do presente *habeas corpus*, salvo se por outro motivo estiver preso ou cumprindo pena em regime mais gravoso.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal impetrado, encaminhando-lhe o inteiro teor da presente decisão. Ressalte-se que as instâncias de origem deverão noticiar a esta Corte Superior qualquer alteração no quadro fático atinente ao tema objeto desta impetração.

Oportunamente, dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 04 de abril de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO  
Relator