

HABEAS CORPUS Nº 422.377 - SP (2017/0279515-2)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VANESSA MORAIS KISS - SP314903
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GABRIEL DE SOUZA VENTURA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO DO PACIENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. REGIME FECHADO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 440/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. Ordem parcialmente concedida nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de **Gabriel de Souza Ventura**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos que o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Limeira/SP condenou o paciente, como incurso no crime de tráfico de drogas, às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 dias-multa (fls. 36/52).

Inconformada, a defesa interpôs apelação criminal na colenda Corte de origem, que negou provimento ao recurso (fls. 13/34 – Apelação n. 0006971-89.2015.8.26.0320):

Tráfico de entorpecentes majorado pela prática nas imediações de estabelecimento de ensino – Sentença condenatória – Apelo Defensivo – Pretensão de absolvição por insuficiência probatória. Pleitos subsidiários de afastamento da causa de aumento, fixação da pena-base no mínimo legal e a aplicação do redutor em seu grau máximo. Materialidade e autoria comprovadas. Apreensão de 02 porções de cocaína dispensadas pelo réu durante sua tentativa de fuga e de mais 106 porções de cocaína, todas individualmente embaladas, e com peso líquido total de 116,1 g. *Guardas municipais* que relataram que estavam em patrulhamento pela região quando avistaram um veículo Fiat/Doblô de cor escura e o acusado pegando ou entregando algo à pessoa que estava no carro. O veículo saiu em velocidade. O réu dispensou algo no solo e saiu correndo também e foi até uma escola ali próxima, pulou o muro, mas antes de pular dispensou outras coisas, que depois se constatou serem dois pinos de cocaína. No canteiro central encontraram 106 pinos de cocaína dentro de saquinhos pretos, sendo que

eram semelhantes aos que o réu dispensou. *Contradição nas declarações do acusado* – Na Delegacia, disse que saiu correndo porque ficou com medo de ser preso, já que não tinha nenhuma droga consigo e ali onde estava tem muita gente que vende drogas. Em Juízo, em contraposição, inovou, alegando que “correu porque todo mundo ficou desesperado na hora, com barulho de tiros”. Todavia, nem os guardas municipais, nem as testemunhas arroladas pela defesa, que afirmaram ter presenciado a abordagem do réu, ouviram quaisquer ruídos de disparos de armas de fogo. Alegação do apelante, em sede inquisitorial, de que emprestara R\$ 10,00 a seu conhecido que conduzia o veículo Fiat/Doblô para que ele colocasse gasolina, mas não sabe seu nome, o que torna sua versão ainda mais inverossímil. Depoimentos de Guardas Municipais de que o increpado morava de frente ao local em que escondeu o restante dos entorpecentes, e que a cerca de 7 a 8 m de distância da praça havia uma moita no canteiro onde havia 106 pinos de cocaína, acondicionados em porções fechadas de dezoito pinos cada e uma estava aberta, contendo esta última 16 flaconetes, faltando dois, isto é, exatamente a quantidade dispensada pelo apelante. Prova testemunhal no sentido de que o restante dos entorpecentes tinha a cor semelhante a dos encontrados com o réu. Contradição entre os depoimentos de testemunhas arroladas pela Defesa. Causa de aumento bem reconhecida pelo exercício da mercancia ilícita próximo à escola, inclusive em horário de aulas quando da prisão em flagrante, sendo certo que a perseguição que culminou com esta se deu no interior daquele estabelecimento. Prova testemunha no sentido de que a distância entre a Praça da Paz e a 'Escola Mário Covas' é de cerca de 30 metros e de que o restante das drogas foi apreendido cerca de 7 a 8 metros de distância da Praça da Paz. Dosimetria que não comporta reparos. Pena-base fixada no mínimo legal. Ausência de atenuantes ou agravantes. Inaplicabilidade do redutor devido à dedicação às práticas delitivas. Exasperação pela causa de aumento da prática de tráfico nas proximidades de estabelecimento de ensino. Regime inicial fechado mantido – Inteligência do art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal. Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou concessão de sursis. Vedação legal e quantidade de pena elevada. Recurso desprovido.

Aqui, a impetrante alega de constrangimento ilegal na:

a) dosimetria da pena imposta ao paciente, uma vez que as instâncias ordinárias não consideraram a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico privilegiado), *mesmo o paciente sendo primário, de bons antecedentes (motivos pelos quais ele considerou todas as circunstâncias do art. 59 da Lei de Drogas) e, conforme admitido nos decisórios anteriores, não há provas de que se dedique às atividades criminosas e nem que integre organizações criminosas* (fl. 4);

b) fixação do regime inicial fechado, fundamentada na gravidade do delito, mesmo fixada a pena-base no mínimo legal (fl. 6); e

c) não substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ao

argumento de que *a quantidade de pena imposta, aliada ao fato de o crime não comportar violência ou grave ameaça, bem como ser recomendável a medida, levam ao cabimento da pena restritiva de direitos. Preenche, ainda, os demais requisitos subjetivos, uma vez que as circunstâncias judiciais fizeram com que a pena fosse estabelecida no mínimo legal* (fl. 11).

Postula, então, o deferimento do pedido liminar para que o paciente aguarde, em regime diverso do fechado, o julgamento definitivo do presente *writ*. E, no mérito, pede a concessão da ordem para que seja redimensionada a pena imposta ao paciente, com o reconhecimento do tráfico na modalidade privilegiada, modificando-se o regime inicial de expiação para diverso do fechado e substituindo-se a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Em 25/10/2017, deferi a liminar para assegurar ao paciente o direito de aguardar em regime semiaberto o julgamento do mérito do *writ* (fls. 56/59).

O Ministério Público Federal emitiu parecer pelo não conhecimento da impetração (fls. 66/73).

É o relatório.

Busca a impetração o reconhecimento do tráfico privilegiado, bem como a readequação do regime, além da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Extrai-se do acórdão ora impugnado (fl. 31):

[...] Acertadamente não foi aplicado o redutor do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, uma vez é evidente a dedicação do réu às atividades delitivas.

Na espécie, a expressiva quantidade e a natureza extremamente nociva dos entorpecentes apreendidos (108 porções de cocaína individualmente embaladas peso líquido de 116,1 g), somadas à prisão em local conhecido como ponto de tráfico e à circunstância de o réu não possuir emprego quando dos fatos, revelam sua dedicação às práticas delitivas, obstando, dessa maneira, a incidência do redutor.

Note-se que a norma do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 foi acertadamente afastada, considerando a expressiva quantidade e a natureza da droga apreendida (108 porções de cocaína individualmente embaladas, com peso líquido de

116,1 g), somadas às circunstâncias em que ocorreu a prisão – em conhecido ponto de tráfico –, que revelam a dedicação do paciente a atividades criminosas.

Esta Corte tem reiteradamente decidido, em observância ao disposto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, que, havendo demonstração de que o paciente se dedica a atividades criminosas, mostra-se inaplicável a minorante em questão.

Ademais, alcançar conclusão inversa, demandaria o exame do conjunto probatório dos autos, providência inviável na via estreita do *habeas corpus*, carente de dilação probatória.

No tocante ao regime prisional, a liminar deferida merece ser confirmada aqui.

É que, mesmo antes de o Supremo Tribunal Federal declarar que o crime de tráfico privilegiado não teria caráter hediondo, este Superior Tribunal e o próprio Supremo já haviam consolidado o entendimento no sentido da inconstitucionalidade da imposição legal do regime inicial fechado (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990).

Da análise dos autos, verifico que a pena-base foi fixada no mínimo legal (fl. 50), sendo cabível a imposição do regime inicial semiaberto, em razão do *quantum* de pena imposta (5 anos e 10 meses), nos termos do Enunciado n. 440 da Súmula do STJ.

Por fim, considerando o *quantum* da pena – 5 anos e 10 meses – inviável acolher o pedido de substituição da reprimenda, nos moldes do art. 44 do Código Penal.

Ante o exposto, **concedo parcialmente** a ordem, confirmando-se a liminar deferida, a fim de fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena imposta ao paciente.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 03 de abril de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator