HABEAS CORPUS Nº 503.581 - SP (2019/0101454-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO WESLEY SANCHES PINHO - SP331671
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ALEX SANDER FALEIROS DE PAULA CAETANO LISBOA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA. DOSIMETRIA DA PENA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AFASTAMENTO COM BASE NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. CONVICÇÃO DE QUE O ACUSADO SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONCLUSÃO INVERSA. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO. AUSÊNCIA.
Inicial indeferida liminarmente.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de **Alex Sander Faleiros de Paula Caetano Lisboa**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo, que deu provimento ao recurso ministerial ali interposto, para redimensionar a pena imposta ao paciente, condenado a 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 416 dias-multa, pela prática do delito de tráfico de drogas, reformando a sentença condenatória exarada pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Franca/SP (Autos n. 0021388-94.2016.8.26.0196).

Alega-se constrangimento ilegal consistente no redimensionamento da pena imposta, uma vez que se entende ser aplicável à espécie a minorante do tráfico privilegiado e, consequentemente, a fixação de regime inicial mais brando, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Postula-se, então, a concessão da ordem nos termos propostos.

É o relatório.

Busca a impetração o reconhecimento da causa de diminuição referente ao

tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), bem como a adequação do regime inicial e a substituição da pena.

A esse respeito, consignou o Tribunal *a quo* (fls. 479/481 – grifo nosso):

> [...]
> Na etapa inicial, as basilares de **Alex Sander** também foram acrescidas da fração de 1/6 em razão da natureza do entorpecente apreendido.
> Contudo, conforme alhures explanado, a nocividade da droga não se mostra circunstância capaz de, apenas por si, elevar a pena-base. Assim, a despeito do conformismo de tal acusado, a redução da pena-base deve ser também a ele aplicada, retornando-se a sanção inicial para 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias- multa, no piso.
> Na segunda etapa, a confissão espontânea, apesar de reconhecida pelo juízo a quo, não poderá atenuar a sanção para aquém do mínimo legal, nos termos da Súmula 231 do C. Superior Tribunal de Justiça: "A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".
> **Por fim, o juiz a quo aplicou ao réu o redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, diminuindo-lhe a pena na metade. Contudo, acerta o Ministério Público ao pleitear a redução da fração imposta pela minorante, posto que o acusado foi detido quando tinha em depósito, em comparsaria, 48 porções de cocaína e mais droga pronta para ser acondicionada e posteriormente revendida, exigindo assim maior repreensão.**
> Nessa esteira se posiciona o C. Superior Tribunal de Justiça:
> [...] Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do delito, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, para afastar a aplicação da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. [...] (HC n. 434.921/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/3/2018, DJe 19/3/2018).
> **Assim, a fim de que se mostre justa e razoável como resposta penal, a reprimenda de Alex Sander deve ser reduzida na fração mínima de 1/6, tornando-se definitiva, à ausência de outras modificadoras, em 4 anos e 2 meses de reclusão e pagamento de 416 dias-multa, no piso mínimo.**
>
> Do regime inicial de cumprimento de pena e da impossibilidade de substituição a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos
> [...]
> Quanto ao réu **Alex Sander**, o magistrado sentenciante fixou o regime inicial aberto. Apesar de se entender que, ante as circunstâncias em que cometido o delito (embalagem de cocaína em comparsaria), o regime inicial fechado seria o único adequado para atingir o caráter qualitativo da reprimenda, **deve-se restringir ao desconto inicial semiaberto postulado pelo Parquet, compatível com o quantum de pena ora fixada, conforme art. 33, § 2º, 'b', do Código Penal**.
> Igualmente, é o caso de se afastar a substituição da pena corporal de Alex Sander por restritiva, conforme pleito ministerial. É certo que a decisão do colendo Supremo Tribunal Federal nos autos do HC n. 97.256/RS, consolidada pela Resolução nº 5 do Senado Federal, reconheceu ser possível a aplicação do art. 44 do Código Penal para os delitos previstos na Lei de Drogas. Contudo, não afastou do julgador natural o poder de efetuar tal conversão levando em conta as circunstâncias concretas de cada caso.

> Na hipótese, além de o redimensionamento da pena impedir a manutenção das penas alternativas, conforme o artigo 44, inciso I, do Código Penal, entende-se que tal medida não seria suficiente para atingir o caráter preventivo e repressivo da reprimenda, podendo incentivar tal acusado a permanecer na senda de crime tão nefasto.
> [...]

Da análise dos trechos acima transcritos, verifica-se que a fração de incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, encontra-se fundamentada em evidências concretas de que o paciente se dedicava a atividades criminosas, de modo que adotar conclusão diversa demandaria a incursão em aspectos fático-probatórios, providência que é incabível nesta via estreita.

Nesse sentido: AgRg no HC n. 303.261/MS, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 30/5/2017; e AgRg no HC n. 241.072/SP, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 18/8/2017.

Prejudicados os demais pleitos.

Em face do exposto, com fundamento nos arts. 38 da Lei n. 8.038/1990 e 210 do RISTJ, **indefiro liminarmente** a petição inicial.

Publique-se.

Brasília, 10 de abril de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator