HABEAS CORPUS Nº 503.203 - SP (2019/0099697-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	ROBERTA DOS SANTOS PEREIRA DE CARVALHO
ADVOGADO	:	ROBERTA DOS SANTOS PEREIRA - SP129620
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	MARCELO IZOLI JUNIOR (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de MARCELO IZOLI JUNIOR no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o paciente foi denunciado pela suposta prática da conduta descrita no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, porque, no dia 21/6/2016, "**tinha em depósito drogas, a saber 35,88g (trinta e cinco gramas e oitenta e oito centigramas) da substância *Cannabis sativa L*, ou seja, maconha, em 02 porções individuais, e 2,22g (dois gramas e vinte e dois centigramas) da substância 'Erythroxylon coca L' ou seja, cocaína na forma de pó**, embaladas em segmento de plástico, em 06 porções individuais, com a finalidade de disseminação a terceiros" (e-STJ fl. 17).

Superadas as demais fases processuais, o paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime semiaberto, bem assim ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, sendo-lhe permitido apelar em liberdade.

O Tribunal de origem deu provimento à apelação ministerial para afastar a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, estabelecendo a sanção definitiva em 5 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, mais pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. Eis a ementa do acórdão (e-STJ fl. 88):

> *TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. Recurso ministerial voltado contra os elementos norteadores da dosimetria e regime. Penas-base corretamente fixadas na Origem. Redutor da Lei nº 11.343/06, art. 33, § 4º afastado. Sanções aumentadas. Fixação de regime fechado. Provimento, com determinação de expedição de mandado de prisão após esgotamento do prazo de eventuais recursos ordinários.*

No presente *writ*, sustenta a defesa que não há dúvida quanto ao indevido cancelamento da diminuição da pena pelo privilégio do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que "o Tribunal de Justiça de São Paulo, de forma rigorosa e extrapolando a valoração das provas que incriminavam o Paciente, sem ao menos considerar seus bons antecedentes e sua primariedade, entendeu por não reconhecer o privilégio com base em 'uma balança de precisão, uma faca com resquício de maconha e dinheiro, além de um aparelho celular, com mensagens atinentes ao vil comércio' (f. 77 dos autos de execução) e conversas e fotografias extraídas do aparelho telefônico do Paciente" (e-STJ fl. 7).

Pugna, assim, que (e-STJ fls. 11/12):

> *Diante do exposto, estando presentes o fumus boni iuris e o periculum in mora, requer se digne Vossa Excelência conceder medida liminar:*
>
> *7.1 – reconhecendo o direito do Paciente às benesses do art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006, suspendendo os efeitos do acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo;*
>
> *7.2 – declare a extinção da punibilidade, com base na nova dosimentria da pena, determinando a imediata expedição do alvará de soltura do Paciente, vez que já cumprido mais de 2 anos de pena privativa de liberdade, conforme demonstrado nos autos, a fim de impedir a continuidade do constrangimento ilegal a que está sendo submetido o Paciente.*

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 o *fumus boni iuris* apto a justificar o deferimento da medida de urgência. Explico.

Confira-se a fundamentação consignada pela 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para afastar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 90/91):

> *No caso, a despeito da primariedade, houve apreensão de variedade de entorpecentes - maconha e cocaína -, os quais seriam destinados*

> *ao consumo de terceiros. Ademais, consoante laudo pericial (fls. 166/211), fazia parte de alguma organização, pois mantinha tratativa sobre venda de drogas com outros indivíduos, somada à apreensão de uma balança de precisão, faca com resquícios de drogas e dinheiro, de origem não esclarecida, bem como à falta de demonstração de que exercia qualquer atividade lícita. Tais relentos revelam, obviamente, não se tratar de "traficante de primeira viagem", mas, sim, de contumaz negociador de entorpecentes - circunstâncias indicadoras de sua dedicação a atividades criminosas - fazendo, do comércio ilícito de drogas, o modo de vida, lembrando-se que a mitigação não é direito subjetivo.*

Ora, observo, em um juízo de cognição sumária, que a variedade das drogas apreendidas – 35,88g (trinta e cinco gramas e oitenta e oito centigramas) de maconha e 2,22g (dois gramas e vinte e dois centigramas) de cocaína – e a apreensão de outros artefatos foram, de fato, os principais parâmetros utilizados pela autoridade apontada como coatora para afastar a incidência da causa de diminuição contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Contudo, entendo que tais circunstâncias, aparentemente, não se apresentam suficientemente idôneas para tanto, pois não são hábeis a revelar, a princípio, uma dedicação do paciente a atividades criminosas.

Ante o exposto, **defiro** a liminar, **em menor extensão**, para suspender os efeitos do acórdão vergastado até que se ultime o julgamento do presente *habeas corpus.*

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, encaminhando-lhe o inteiro teor da presente decisão.

Solicitem-se informações ao Juízo *a quo*, ressaltando-se que deverá noticiar a esta Corte Superior qualquer alteração no quadro fático atinente ao tema objeto desta impetração.

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

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 10 de abril de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator