HABEAS CORPUS Nº 489.425 - SP (2019/0011630-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		AMANDA GRAZIELLI CASSIANO DIAZ - SP324246
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	BRUNO VIEIRA SOBRAL (PRESO)

DECISÃO

BRUNO VIEIRA SOBRAL alega sofrer coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da Apelação Criminal n. 0012417-30.2017.8.26.0635.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Em apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo da defesa e deu provimento ao recurso ministerial, para afastar a incidência do redutor e, consequentemente, aumentar a reprimenda para 5 anos de reclusão, fixado o regime inicial fechado. Na ocasião, foi determinada a expedição de mandado de prisão.

Busca-se, por meio deste *writ*, **liminarmente, a suspensão da expedição de mandado de prisão e, no mérito, a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no patamar máximo, a fixação de regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos**.

A liminar foi indeferida pela Presidência desta Corte Superior, todavia a defesa opôs embargos de declaração, que foram acolhidos, para **deferir o pedido de liminar**, a fim de suspender os efeitos do acórdão impugnado, notadamente na parte em que determina a expedição de mandado de prisão.

Prestadas as informações, os autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal, que opinou pelo não conhecimento do *writ* e pela concessão parcial da ordem, de ofício, apenas para que seja estabelecido o regime prisional semiaberto para o resgate da reprimenda e para assegurar ao

paciente o direito de aguardar em liberdade o esgotamento da jurisdição ordinária.

Decido.

I. Ilegalidade da expedição de mandado de prisão

Malgrado haja **deferido a liminar**, para **suspender** os efeitos do acórdão vergastado, na parte em que determinou a imediata prisão do réu, permitindo-lhe que aguardasse em liberdade o julgamento final deste habeas corpus, deixei claro que, **na hipótese de, nesse ínterim, esgotar-se a jurisdição ordinária, cessariam os efeitos da liminar**.

Assim, consoante informações obtidas na página oficial do Tribunal *a quo*, **verifica-se que os embargos de declaração foram julgados em 14/3/2019**, o que, inequivocamente, aponta para o esgotamento da instância de origem e, por conseguinte, pela **prejudicialidade** deste habeas corpus no ponto.

Afinal, a ordem para execução imediata da pena imposta ao paciente decorre, agora, do entendimento proferido pelo pretório excelso, sob a sistemática da repercussão geral, no julgamento do **ARE n. 964.246**, segundo o qual é possível a execução imediata da pena depois de prolatado acórdão penal condenatório em segundo grau de jurisdição – devendo esse entendimento ser aplicado nos processos em curso nas demais instâncias –, porquanto, de acordo com o entendimento inicialmente exarado no julgamento do **HC n. 126.292/SP**, não cabendo às instâncias extraordinárias imergir sobre fatos e provas, "A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal" (**HC n. 126.292/SP**, **Tribunal Pleno**, Rel. Ministro **Teori Zavascki**, DJe 17/5/2016).

II. Minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006

Quanto ao almejado reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o Tribunal de origem entendeu pela não incidência do redutor pelos seguintes fundamentos (fls. 31-32 , grifei):

Tem razão o Ministério Público ao postular o afastamento

> do redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, uma vez que, embora o réu seja primário e ostente bons antecedentes, a prova dos autos demonstrou que se dedicava à atividade criminosa.
> Os policiais militares Claudinei Moraes da Silva e Edson Francisco da Cruz, que realizaram a prisão do acusado, relataram que estavam em patrulhamento pelo local, conhecido como ponto de tráfico, quando avistaram um grupo de jovens próximos a uma lixeira. Ao se aproximarem, os demais fugiram, mas **o acusado foi abordado e admitiu que tinha guardado drogas e estava "passando o ponto" para outro traficante, como uma troca de turno** (termos de audiência de fls. 271 e 272).
> **Quando interrogado na Polícia, o réu tinha confessado que iria repassar os vinte e quatro pinos de cocaína, que tinha escondido em uma lixeira, para um menino vendê-los** (fls. 5).
> Em Juízo, embora o réu tenha alterado sua versão, alegando que tinha recebido R$ 50,00 para levar o entorpecente ao local e deixar em uma lixeira, **não afasta a circunstância de fazer parte de uma típica organização criminosa, voltada para a prática do comércio ilícito de entorpecentes** (termo de audiência de fls. 273/274).
> Além disso, **o réu foi surpreendido quando guardava 24 porções de cocaína, droga de alto poder viciante** e que deve ser considerado pelo magistrado na fixação da pena, nos termos do art. 42,da Lei de Drogas.

Com efeito, segundo o disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, *in verbis:*

> § 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Vale dizer, para a aplicação da minorante em comento, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa e nem se dedique a atividades delituosas.

Sobre a matéria posta em discussão, cumpre destacar que a razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, ao cometer um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

A propósito, confira-se o seguinte trecho de voto deste Superior Tribunal: "A *mens legis* da causa de diminuição de pena seria alcançar os condenados neófitos na infausta prática delituosa, configurada pela pequena quantidade de droga apreendida, e serem eles possuidores dos requisitos necessários estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06." (**AgRg no REsp n. 1.389.632/RS**, Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T, DJe 14/4/2014).

Na espécie, constato que o Tribunal de origem entendeu pela não incidência da minorante considerando que "**o acusado foi abordado e admitiu que tinha guardado drogas e estava 'passando o ponto' para outro traficante, como uma troca de turno** (termos de audiência de fls. 271 e 272)" (fl. 31, grifei). Ressaltou a Corte estadual que "**quando interrogado na Polícia, o réu tinha confessado que iria repassar os vinte e quatro pinos de cocaína, que tinha escondido em uma lixeira, para um menino vendê-los** (fls. 5)" (fl. 32, grifei).

Por fim, destacou que "**o réu foi surpreendido quando guardava 24 porções de cocaína, droga de alto poder viciante**" (fl. 32, destaquei).

Dessa forma, não identifico nenhum constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, foi negada ao paciente a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, tendo em vista que **foram apontados elementos concretos que indicam a sua dedicação a atividades criminosas, notadamente ao tráfico de drogas**.

Ademais, imperioso salientar que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o paciente se dedicaria a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência essa que, como cediço, é vedada na via estreita do habeas corpus.

Portanto, fica afastado o apontado constrangimento ilegal

decorrente da não incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

III. Regime inicial de cumprimento de pena

Quanto à pretendida imposição de regime menos gravoso de cumprimento de pena, constato que o Tribunal de origem estabeleceu o modo inicialmente **fechado**, sob os seguintes fundamentos (fl. 33, grifei):

> O crime de tráfico ilícito de entorpecentes é de natureza muito grave e causa repulsa da sociedade. É equiparado a hediondo. Portanto, deve ser reprimido com severidade. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

Imperioso salientar que, no julgamento do HC n. 111.840/ES, realizado em sessão extraordinária no dia 27/6/2012, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e de outros a eles equiparados.

Dessa forma, reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como, por exemplo, a quantidade e a natureza de drogas apreendidas), para que, então, seja fixado o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal – com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 – mostre-se o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

No caso, constato que o Tribunal de origem, entendeu devida a imposição do regime inicial fechado, com base tão somente na gravidade abstrata do crime, **sem, no entanto, ter apontado elementos concretos dos autos** que, efetivamente, evidenciassem a imprescindibilidade de imposição do modo mais gravoso.

Dessa forma, entendo que o regime inicial fechado se mostra excessivamente gravoso no caso. Isso porque o paciente era tecnicamente

primário ao tempo do delito, foi definitivamente condenado a reprimenda **inferior a 8 anos e superior a 4 anos de reclusão** e teve a pena-base estabelecida no **mínimo legal** (fl. 31).

Ademais, não obstante tenha sido apreendido cocaína – substância entorpecente que, de fato, é dotada de alto poder viciante –, entendo que a quantidade apreendida da referida substância não foi tão expressiva (**24 porções**), de modo que não poderia, por si só, ensejar a imposição do regime inicial mais gravoso.

Portanto, à luz das particularidades do caso concreto, entendo que o regime inicial **semiaberto** é, efetivamente, o que se mostra o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal e do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

IV. Substituição

No tocante ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade aplicada por restritiva de direitos, entendo inviável a concessão do benefício, haja vista que o paciente foi definitivamente condenado a reprimenda de 6 anos e 8 meses de reclusão, **superior**, portanto, ao limite objetivo previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal.

V. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **concede em parte a ordem**, para fixar ao paciente o regime inicial **semiaberto** de cumprimento de pena, nos autos do Processo n. 000218-22.2017.8.26.0555, da 1ª Vara Criminal da Comarca de São Carlos – SP.

Comunique-se, com urgência, o inteiro teor desta decisão às instâncias ordinárias.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 10 de abril de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**