HABEAS CORPUS Nº 493.120 - RS (2019/0040609-9)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL BIBIANA ASCARI DO ESPIRITO SANTO BENTO DA SILVA
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	:	WAGNER CARVALHO DOS SANTOS (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de WAGNER CARVALHO DOS SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado da Apelação n.º 0143611-74.2018.8.21.7000.

Colhe-se nos autos que contra o Paciente foram oferecidas duas denúncias pela prática do crime previsto no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06. Na primeira, narrou-se que 19/4/2015, "*os agentes encontraram, nas vestes de Wagner, 20 pedrinhas de crack, pesando aproximadamente 5,30 g, 15 petecas de cocaína, pesando aproximadamente 4,25g e a quantia de R$ 40,15*" (fl. 105). Na segunda, que em 27/4/2015, "*foram encontrados com o acusado 11 tijolinhos de maconha, pesando aproximadamente 7,8 gramas, 3 pedras de 'crack', pesando aproximadamente 1g, a quantia de R$ 192 em dinheiro trocado e 1 telefone celular*" (fl. 106).

Os dois feitos foram reunidos e, em primeiro grau grau de jurisdição, o Paciente foi condenado no Processo n.º 001/2.15.0028613-1 "*como incurso nas sanções do art. 33, caput e § 4º, da Lei nº 11.343/06, c/c o art. 65, III, alínea a, às penas de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicialmente aberto, a qual foi substituída por duas penas restritivas de direitos*" (*ibidem*). Na Ação Penal n.º 001/2.15.0030708-2, o Paciente foi absolvido.

Contra a sentença, o Apenado e o Ministério Público Estadual apelaram. No julgamento desses recursos foi proferido o acórdão ora impugnado, apreciado nos termos da seguinte ementa (fls. 103-104):

"*APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA*

CONDENATÓRIA. APELO DEFENSIVO E APELO MINISTERIAL. MATERIALIDADE. AUTORIA. CARACTERIZAÇÃO. PALAVRA DOS POLICIAIS. PROVA VÁLIDA. INIDONEIDADE NÃO DEMONSTRADA. Comprovada a materialidade e a autoria do delito de tráfico de drogas, inviável a absolvição pretendida. Para afastar-se a presumida idoneidade dos policiais (ou ao menos suscitar dúvida), é preciso que se constatem importantes divergências em seus relatos, ou que esteja demonstrada alguma desavença com a ré, séria o bastante para torná-los suspeitos, pois seria incoerente presumir que referidos agentes, cuja função é justamente manter a ordem e o bem-estar social, teriam algum interesse em prejudicar inocentes. O tráfico de drogas é tipo múltiplo de conteúdo variado, havendo diversos verbos nucleares que o caracterizam; portanto, o flagrante do ato da venda é dispensável para sua configuração, quando restar evidente que a destinação dos entorpecentes é a comercialização – como no caso restou comprovado. PENA. MINORANTE. AFASTAMENTO. PROVIMENTO DO APELO MINISTERIAL. A privilegiadora do tráfico de drogas é uma benesse e, portanto, exceção à regra; destarte, não deve ser objetiva e indiscriminadamente aplicada, mas reservada a casos excepcionais em que a pena mínima do tráfico (que, por si só, é um crime grave e usualmente merece a mais severa repressão) se mostre desproporcional. Faz-se, então, necessária a análise do caso concreto para garantir que a minorante seja reservada não apenas a réus primários, mas a traficantes realmente eventuais, que não fazem do tráfico sua 'profissão'. Caso concreto em que o acusado não demonstrou exercer qualquer atividade lícita e responde a outra ação penal por tráfico de drogas, além do presente feito, circunstância que indica o envolvimento do réu em atividade criminosa. Inviável, pois, falar-se em tráfico eventual e ausência de dedicação à atividade ilícita. AFASTAMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO. Inviabilidade de substituição, em razão do quantum *da pena, nos termos do art. 44, I, do CP. ALTERAÇÃO DE REGIME. SENTENÇA FIXOU REGIME ABERTO. Readequação para o regime semiaberto, em razão do quantum da pena e do caso concreto, nos termos do art. 33, § 2º, 'b', do CP. SENTENÇA DESCLASSIFICATÓRIA. MANUTENÇÃO. APELO MINISTERIAL. DESPROVIMENTO. Caso dos autos em que o conjunto probatório não demonstra que o réu praticou a narcotraficância, não havendo suporte probatório para reformar a sentença que desclassificou a imputação prevista no art. 33,* caput, *da Lei nº 11.343/06 para aquela prevista no art. 28 da mesma Lei, impondo-se a manutenção da sentença, desprovendo-se o apelo ministerial. APELAÇÃO DA DEFESA DESPROVIDA E APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDA NOS AUTOS DO PROCESSO N.º 21500286131 E DESPROVIDA NO PROCESSO N.º 21500307082. UNÂNIME.*" (sem grifos no original)

Na presente impetração, sustenta-se que:

> *a) "o fundamento adotado como ratio para afastar a aplicação da causa de diminuição de pena confronta de forma flagrante o Princípio Constitucional de Presunção de Inocência, pois, em que pese o paciente ser primário à época do fato, outra ação penal foi utilizada para acentuar a reprimenda a ele imposta" (fl. 4);*
>
> *b) "após a aplicação da minorante, em fração máxima, preencherá os requisitos do art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal, ao passo que fará jus à fixação de regime de cumprimento de pena mais brando, ou seja, o aberto" (fl. 6); e*
>
> *c) em razão da "aplicação da privilegiadora, que deverá ser reconhecida em seu patamar máximo, necessária a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, conforme preceitua o art. 44, e seus incisos, do Código Penal"* (fl. 7).

Requer-se, liminarmente e no mérito, a concessão de provimento para "*reconhecer e aplicar a redução da pena, com base no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, no seu patamar máximo, conceder o regime de cumprimento de pena mais brando ao ora paciente, bem como substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos*" (fl. 8).

Em razão da deficiência na instrução do pedido, conferi à Parte Impetrante prazo para acostar aos autos os documentos faltantes – o que foi cumprido por intermédio da petição de fl. 102, acompanhada de documentos.

Após, os autos voltaram-me conclusos.

É o relatório do necessário. Passo a decidir o pedido de provimento urgente.

Não está configurado um dos pressupostos autorizadores do acolhimento da pretensão liminar, qual seja, o *fumus boni iuris*, pois o direito invocado pela parte Impetrante não é de reconhecimento que se mostra prontamente inequívoco.

Pretende-se no caso a aplicação da redutora do tráfico privilegiado e, consequentemente, o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena reclusiva por reprimendas restritivas de direitos.

Para afastar a referida causa de diminuição da pena, o Tribunal de origem consignou o que se segue (fl. 117):

> *"Seguindo essa premissa, não vejo como afirmar que o réu ora julgado é um traficante eventual, pois não demonstrou exercer qualquer*

atividade lícita e responde a outra ação penal justamente pela prática do crime de tráfico de drogas (processo n.º 039/2.17.0008842-0), além do presente feito, circunstância que indica o envolvimento do réu em atividade criminosa. Inviável, pois, falar-se em tráfico eventual e ausência de dedicação à atividade ilícita.

Logo, fica a pena definitiva em 05 anos de reclusão, além de 500 dias-multa à razão unitária mínima."

Ou seja, além das condutas que ocasionaram o oferecimento de denúncias nos Autos n.ºs 001/2.15.0028613-1 e 001/2.15.0030708-2 – posteriormente unificados – o Paciente ainda foi denunciado no Processo-Crime n.º 039/2.17.0008842-0. Essa conjuntura impede o pronto reconhecimento de que o Agente não se dedicava à prática de delitos e, consequentemente, o deferimento dos pedidos de abrandamento do regime prisional e de substiuição da pena.

A propósito, destaco o seguinte precedente desta Corte:

"*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MINORANTE. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. EXISTÊNCIA DE PROCESSO PENAL EM CURSO SEM TRÂNSITO EM JULGADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*

1. Não existe óbice a que processos em andamento ou mesmo condenações ainda sem a certificação do trânsito em julgado possam, à luz das peculiaridades do caso concreto, ser considerados elementos aptos a demonstrar, cautelarmente, eventual receio concreto de reiteração delitiva (a ensejar, por conseguinte, a necessidade de prisão preventiva para a garantia da ordem pública).

2. Ademais, imperioso o registro de que tais elementos - feitos criminais em curso ou condenações ainda pendentes de definitividade - podem afastar o redutor não por ausência de preenchimento dos dois primeiros requisitos elencados pelo legislador - quais sejam, a primariedade e a existência de bons antecedentes - mas pelo descumprimento do terceiro e/ou do quarto requisito exigido pela lei, que são a ausência de dedicação da acusada a atividades delituosas e a sua não integração em organização criminosa.

3. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp 1.342.253/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 28/03/2019, DJe 05/04/2019)

Dessa forma, reitere-se, *primo ictu oculi*, não se constata a patente ilegalidade sustentada pela Defesa – o que obsta, ao menos por ora, o acolhimento da pretensão urgente formulada.

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar.

Solicitem-se informações pormenorizadas ao Tribunal de origem, notadamente sobre os procedimentos criminais instaurados em nome do Paciente. Na oportunidade, a Corte *a quo* deverá fornecer a chave ou senha de acesso às informações processuais, caso seja necessário.

Após, ouça-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora