HABEAS CORPUS Nº 495.437 - SP (2019/0057157-6)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO MAIRA FERREIRA DIAS - SP330196
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	JENNIFER CRISTINA PIRES REZENDE (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DROGAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE TÓXICOS. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL SEMIABERTO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* DENEGADA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JENNIFER CRISTINA PIRES REZENDE contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0000019-17.2018.8.26.0635).

Consta dos autos que a Paciente foi condenada às penas de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incursa no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas, após ser presa em flagrante, no dia 1º/01/2018, auxiliando o corréu, com quem se apreendeu 10 unidades de maconha e 10 unidades de cocaína, na comercialização das drogas. Na sequência, os flagrados apontaram o local em que estava escondido o restante dos entorpecentes e foram encontradas debaixo de uma caçamba 991 trouxinhas de maconha, 251 pinos de cocaína, 163 unidades de lança-perfume, 16 unidades de haxixe e 115 pedras de crack. Foi-lhe negado o apelo em liberdade.

A sentença foi mantida pela Corte *a quo*, que negou provimento ao apelo defensivo (fls. 37-48).

Defende a Defensoria Pública Impetrante, em suma, que *"não houve nenhuma investigação prévia que permitisse averiguar se realmente a paciente praticava reiteradamente o crime de tráfico"* (fl. 6), e que a quantidade de drogas não diz nada

acerca da habitualidade dá uma conduta.

Afirma que, aplicado o redutor, é possível a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Busca a Impetrante, em liminar, que a Paciente possa aguardar o julgamento do *writ* em liberdade. No mérito, requer a concessão da ordem *"para que seja aplicado o artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, para a fixação em definitivo do regime aberto ou semiaberto para o cumprimento da pena corporal imposta à paciente, bem como para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos"* (fl. 13).

Indeferi o pedido liminar às fls. 53-56.

As informações foram dispensadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se à fl. 86-94, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

Decido.

No caso, a sentença condenatória ao individualizar a pena da Paciente, afastou a minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, pelos seguintes motivos (fl. 27):

> *"Na aplicação da pena da acusada Jennifer, levando em consideração as condições do artigo 59 do Código Penal, bem como a quantidade e variedade da droga, nos termos do artigo 42 da lei 11.343/06, não obstante a primariedade, é aplicável a pena base em 1/6 acima do mínimo legal, o que equivale a (05) cinco anos e (10) dez meses de reclusão e pagamento de (583) quinhentos e oitenta e três dias multa, diante da expressiva quantidade de droga e variedade. Na segunda fase, não há atenuantes e agravantes a considerar. Na terceira fase, não se aplica a redução do § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, porque a quantidade e diversidade do entorpecente apreendido não permite a concessão do benefício e além de que ela não fez prova de subsistência por meio honesto. Assim, a pena se torna definitiva já que não há outras causas a serem apreciadas. Nos termos dos artigos 49 e 60 do Código Penal, levando em conta a condição econômica declarada pela ré, fixo o dia multa no seu valor mínimo legal. O regime é o inicial fechado para cumprimento de pena, em função da quantidade total de pena e diante do que dispõe o art. 2º, § 1º, da Lei Federal nº 8.072/90."*

Ao manter a condenação, o acórdão impugnado ressaltou o seguinte (fl. 44-46):

> *"Na derradeira fase, a magistrada* a quo *não aplicou o redutor do §4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, pois a quantidade e diversidade do entorpecente apreendido não permite a concessão do benefício, além da ausência de prova de subsistência por meio honesto.*
>
> *[...]*
>
> *O regime prisional fechado foi corretamente fixado, pois conduta praticada revestiu-se de elevado grau de censurabilidade, impondo a fixação do regime mais gravoso para sua repressão.*
>
> *[...]*
>
> *Nada obstante o teor da recente resolução do Senado Federal, que suspendeu a execução da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' do § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, arrimado na decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou inconstitucional a vedação legal à substituição para o crime de tráfico, no julgamento do Habeas Corpus nº 97.256/RS, o posicionamento parece não refletir a conjuntura expectável frente à forte política de combate ao tráfico de entorpecentes implementada pelo Estado."*

São condições para que o condenado faça jus à diminuição da pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

Ora, se não estão preenchidos conjuntamente todos os requisitos legais – como no caso, no qual se concluiu que a Paciente se dedicava à atividade criminosa –, não é legítimo reclamar a aplicação da minorante.

Friso que o acórdão impugnado expressamente ressaltou que os elementos contidos nos autos demonstram que a Acusada fazia do tráfico de drogas seu meio de vida, evidenciando, assim, que se dedicava a essa atividade criminosa.

Por oportuno, ressalto que este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que as circunstâncias da apreensão de droga *"tem o condão de caracterizar que o agente se dedica a atividades criminosas, não fazendo jus à benesse da redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06."* (AgRg no REsp 1.584.298/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe de 23/05/2018.)

Desse modo, não é possível afastar a conclusão da Corte de origem quanto à dedicação da ora Paciente à atividade criminosa, o que necessitaria de aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, o que, como é sabido, afigura-se inviável na via estreita do *writ*. No mesmo sentido:

"HABEAS CORPUS. *POSSE DE MUNIÇÃO. ARTS. 12 E 16*

DA LEI N. 10.826/2003. APREENSÃO DE APENAS DUAS MUNIÇÕES (SEM AS RESPECTIVAS ARMAS DE FOGO). MÍNIMA OFENSIVIDADE DA CONDUTA. ATIPICIDADE MATERIAL. FLEXIBILIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ABSOLVIÇÃO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS. CONCLUSÃO INVERSA. REEXAME DE PROVAS. [...]

4. Quanto ao tráfico ilícito de entorpecentes, reconhecida a impossibilidade de incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão das evidências concretas de que o paciente se dedicava à atividade criminosa, adotar conclusão diversa demandaria a incursão em aspectos fático-probatórios, providência que é incabível nesta via estreita.

5. Ordem parcialmente concedida para, cassando-se o acórdão condenatório, absolver o paciente da prática dos delitos tipificados nos arts. 12 e 16 da Lei n. 10.826/2003, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal." (HC 325.085/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 12/04/2018.)

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS.* BIS IN IDEM *NÃO EVIDENCIADO.* HABEAS CORPUS *NÃO CONHECIDO. [...]*

VI - In casu*, o eg. Tribunal de origem, considerou, não somente a natureza da droga apreendida, mas também o local da apreensão para afastar o privilégio. Rever esse entendimento, para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do* mandamus.

Precedentes. [...]

Habeas Corpus *não conhecido."* (HC 433.104/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 16/04/2018)

No que diz respeito ao regime prisional, apesar das indevidas referências à hediondez do delito de tráfico, não há constrangimento ilegal a ser reparado.

Como é sabido, não há constrangimento ilegal na fixação de regime inicial

mais gravoso de cumprimento de pena caso a pena-base tenha sido fundamentadamente fixada acima do mínimo legal por conta do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, dada a interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, §§ 2.º e 3.º, do Código Penal.

Nos crimes de droga, também deverá ser considerado o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, que preceitua que "*o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.*"

Portanto, não há patente ilegalidade na fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena, porque as instâncias ordinárias, na análise do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 e do art. 59 do Código Penal, fixaram a pena-base do crime de tráfico de drogas acima do mínimo legal, considerando a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mormente a grande quantidade e diversidade de drogas apreendidas.

A propósito:

> "HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. INVIABILIDADE DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA.* HABEAS CORPUS *NÃO CONHECIDO.* [...]
>
> *5. O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.*
>
> *6. No caso, a quantidade e natureza da droga apreendida justifica a fixação do regime fechado.*
>
> *5.* Habeas corpus *não conhecido*" (HC 408.684/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/12/2017, DJe 13/12/2017.)

Por fim, é manifestamente incabível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, em razão da ausência do requisito objetivo, haja vista a condenação da Paciente totalizar o montante superior a 4 (quatro) anos, nos termos do art. 44, inciso I, do Código Penal.

Ante o exposto, DENEGO a ordem de *habeas corpus*.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora