HABEAS CORPUS Nº 490.964 - SP (2019/0025468-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO BRUNA GONÇALVES S. LOUREIRO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	DIOGO HENRIQUE DE OLIVEIRA RAMOS (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de DIOGO HENRIQUE DE OLIVEIRA RAMOS, apontando como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

O paciente foi absolvido em 1º Grau pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Interposta apelação pelo Ministério Público, a 4ª Câmara de Direito Criminal do TJSP proferiu acórdão assim ementado (fl. 54):

> APELAÇÃO CRIMINAL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS - Recurso ministerial - Pretendida condenação - Possibilidade - Materialidade delitiva e autoria demonstradas - Prova oral a indicar que o apelado trazia consigo drogas para praticar o tráfico - Circunstâncias da prisão a evidenciar que o destino era a entrega a terceiros - Validade dos depoimentos dos agentes públicos - PENA - Básica elevada em razão da quantidade e natureza das drogas - Inteligência do art. 42 da Lei n. 11.343/06 - Inaplicabilidade da minorante prevista no art. 33, § 4º , da Lei n. 11.343/06 - Réu que se dedicava às atividades criminosas - Regime inicial fechado - Necessidade - Gravidade em concreto dos fatos comprovada - Perdimento do numerário apreendido - Viabilidade - Inteligência do art. 63 da Lei de Drogas - Imediato início do resgate da expiação - Precedente do STF - Recurso provido com determinação de expedição de mandado de prisão.

Alega a impetrante a ilegalidade da fixação da pena-base acima do mínimo legal e a violação ao art. 59 do Código Penal, suscitando a aplicação causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, pois o paciente é primário, ostenta bons antecedentes e não integra organização criminosa, nem se dedica a atividades criminosas.

Sustenta que a imposição do regime inicial fechado é ilegal e viola o art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

Requer a concessão de liminar para o paciente aguardar o julgamento da presente ação em liberdade.

No mérito, postula concessão definitiva da ordem de *habeas corpus*, a fim de reduzir a pena ao mínimo legal, aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei

n. 11.343/2006 e alterar o regime inicial de cumprimento da pena para o aberto ou semiaberto, dependendo da quantidade da pena fixada.

Indeferida a liminar e, prestadas as informações, manifestou-se o Ministério Público Federal pela não concessão da ordem.

É o relatório.

DECIDO.

O Tribunal de origem, ao reformar a sentença absolutória, assim dispôs no tocante à dosimetria da pena (fls. 59-67):

> [...].Passa-se à pena.
> **A básica deve ser fixada em 1/5 acima do piso legal, no termos do art. 42 da Lei n o 11.343/06, haja vista a grande quantidade de drogas apreendida (total de 73 porções, pesando cerca de 79g), capaz de atingir dezenas de usuários.**
> **Não deve ser olvidada, ainda, a natureza altamente nociva da cocaína e do crack. Vale lembrar que tais parâmetros preponderam sobre as circunstâncias do art. 59 do Código Penal.**
> Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:
> [...]
> Sobre a nocividade especialmente do crack, confira-se elucidativo julgado, emanado desta Colenda 4.ª Câmara Criminal:
> [...]
> A pena-base perfaz 06 anos de reclusão, e 600 dias-multa, no valor mínimo legal.
> Ausentes agravantes e atenuantes, a sanção permanece inalterada na etapa seguinte.
> **Na última fase do cálculo da pena, não deve incidir o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, visto que não preenchidos os requisitos legais.**
> Com efeito, o dispositivo legal em apreço exige que o agente, além de primário, de bons antecedentes, não se dedique à atividade criminosa ou não integre organização com esse fim, ou seja, é benefício destinado apenas e tão somente ao traficante de menor quilate, neófito, que se engaja pela primeira vez no tráfico ilícito, o "traficante de primeira viagem", nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (Leis Penais Especiais, RT, 2ª edição, 2007, p. 330), o que, à evidência, não é o caso dos autos.
> A propósito do tema, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu:
> [...]
> **Ora, as circunstâncias da prisão evidenciam que o acusado se dedicava às atividades criminosas, pois, ao revés do sustentado em juízo, declarou ele, quando de sua prisão em flagrante, que estava desempregado (fls. 21). Assim, facilmente se conclui que o réu não possuía condições financeiras de adquirir, de forma lícita, tamanha quantidade de drogas; decerto que o fez por meio do tráfico praticado cotidianamente, mormente diante da apreensão de numerário em espécie sem origem lícita comprovada.**
> **Enfim, todas estas circunstâncias denotam que o réu não é neófito na**

> **prática delitiva, mas que se encontra inserido na espúria engrenagem do tráfico, donde se conclui pelo descabimento da minorante em debate.**
> O regime inicial não pode ser outro que não o fechado, em razão da acentuada gravidade dos fatos.
> **O acusado foi condenado por traficar grande quantidade de três variedades de drogas (dentre elas o crack e a cocaína de alto poder nocivo), circunstâncias que, inclusive, foram sopesadas na fixação da pena-base (art. 33, § 3º, do Código Penal). Além do mais, restou comprovado que ele se dedicava às atividades criminosas, a revelar a gravidade dos fatos, demonstrando que regime mais brando não seria suficiente para necessária assimilação da terapêutica penal pelo agente, o qual deve passar por todas as etapas do sistema progressivo, iniciando pela mais severa.**
> **Não se pode perder de vista, ainda, que o tráfico de drogas é a principal mola propulsora dentro de uma verdadeira e odiosa engrenagem delitiva.** Vale dizer, é o comércio ilícito de entorpecentes que fomenta a prática de tantos outros crimes: furtos e roubos são perpetrados pelos dependentes, sedentos pelo uso das substâncias; os produtos de tais crimes são receptados; armas são traficadas; dívidas de usuários são, não raras vezes, adimplidas com a própria vida do dependente químico, com o intuito, inclusive, de "dar exemplo" e "manter o respeito" entre seus pares.
> Todo esse enredo criminoso atua como um cancro, que consome famílias e, por conseguinte, todo o corpo social, pois a ninguém é conferido o "luxo" da imunidade diante de tamanha mazela.
> **Frente ao descrito panorama, não se pode concluir que regime menos gravoso permita o alcance do escopo da pena, seja qual a função que se atribua à sanção penal: absoluta ou retributivista (retribuição do mal causado pelo agente ao bem jurídico tutelado); e relativa, utilitarista ou prevencionista (prevenção do cometimento de novos delitos, de maneira geral e especial negativa [desestímulo ao cometimento de novos delitos temor incutido na sociedade e no agente], geral positiva [reafirmação da vigência da norma atacada pelo infrator] e especial positiva [caráter ressocializador]).**
> No ponto, especificamente sobre a função de prevenção geral positiva, oportuno trazer à colação observação do Mestre Claus Roxin apud Juan Carlos Ferre et al:
> [...]
> Os mesmos fundamentos que justificaram a fixação do regime inicial fechado, aliados ao quantum de pena, superior a 04 anos, impedem a substituição da reprimenda privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.[...].

Inicialmente, cumpre ressaltar que apenas majorações claramente desproporcionais ou não fundamentadas permitem revisão de legalidade na via do *habeas corpus.* Ademais, veja-se que, especificamente ao tema, qual seja, tráfico de entorpecentes, considerar-se-á na fixação das penas, 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 (art. 42 da Lei 11.343/2006).

Nesse sentido, no que tange ao aumento da pena-base, observo que fundamentada a valoração gravosa na quantidade e natureza da droga apreendida, no total 73 porções, sendo 5,6g de cocaína, divididos em 13 porções, 5,7g da mesma substância, divididos em 24 pedras de crack, e 67,7g de maconha, divididos em 36 porções pequenas (fl. 55), com aumento de 1 ano acima do mínimo legal.

Entende esta Sexta Turma, no entanto, que ausentes circunstâncias adicionais (inserção em grupo criminoso de maior risco social, atuação armada, envolvendo menores ou com instrumentos de refino da droga, etc.), a não relevante quantidade de maconha, cocaína ou crack exige revisão a necessidade de abrandamento da reprimenda ou do regime.

Na espécie, as porções de 5,6g de cocaína, 5,7g da mesma substância em forma pedra de crack, e 67,7g de maconha, demonstra ser quantidade não reveladora de anormal gravidade.

Por outro lado, relativamente à causa de diminuição da pena pelo tráfico privilegiado, esta Corte Superior entende que, para afastar a benesse com suporte na dedicação a atividades criminosas, é preciso aliar outros elementos concretos ao fundamento de quantidade, variedade e natureza dos entorpecentes, sob pena de configuração de indevido *bis in idem.*

Na espécie, como visto, o Tribunal de Justiça afastou a aplicação da minorante do tráfico pelo fato de o paciente estar desempregado, concluindo que não tinha condições de adquirir tamanha quantidade de droga senão pela prática reiterada da traficância, bem como em razão da apreensão de numerário sem comprovação de origem lícita.

Na espécie, a quantidade de droga e de dinheiro não são reveladoras de anormal gravidade.

Ademais, a falta de comprovação de ocupação lícita associada à quantidade não relevante da droga apreendida não são suficientes para inferir sua dedicação a atividades criminosas.

Assim, redimensiono a pena para, mantida a pena-base no mínimo legal, inalterada na segunda fase, aplicar a causa de diminuição pelo tráfico privilegiado no patamar de 2/3, tornando-se definitiva a pena em 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.

Considerando o *quantum* da nova pena aplicada, a primariedade do réu, a fixação da pena-base no mínimo legal e a ausência de argumentos concretos para o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o

cabível em razão da sanção imposta, fixo o regime aberto para o início de desconto das penas.

Por oportuno, friso que a quantidade de pena aplicada e as demais circunstâncias pessoais do caso confere ao paciente o direito de ter substituída a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, nos termos do art. 43 e seguintes do Código Penal. Neste sentido:

> HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO EM METADE. RAZOABILIDADE. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM, EM MENOR EXTENSÃO.
> 1. O Tribunal de origem não logrou fundamentar de maneira idônea a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no percentual mínimo de 1/6, porquanto não declinou motivação suficiente para a fixação do redutor no referido patamar, sendo razoável, diante da quantidade da droga apreendida - 44,59 g de cocaína -, a aplicação da minorante em metade, redimensionando-se a pena para 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa.
> 2. Fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação, e aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no patamar de 1/2, sendo a reprimenda final 2 anos e 6 meses de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 33, § 2º, c, e 44 e incisos, ambos do Código Penal.
> 3. Ordem concedida, em menor extensão, a fim de reduzir a pena do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto, possibilitando, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções. (HC 392.193/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/05/2017, DJe 25/05/2017)
>
> HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO. ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> [...]
> 2. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com

> base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da
> normalidade do tipo, de acordo com o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.
> In casu, em razão da primariedade do paciente, do quantum de pena aplicado, inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, "c", do CP), da inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP), bem como da fixação da pena-base no mínimo legal, o regime a ser imposto deve ser o aberto. Precedentes.
> [...]
> Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, ratificando a liminar anteriormente deferida, fixar o regime inicial aberto para cumprimento de pena. (HC 379.637/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017)

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para fixar a pena do réu em 1 ano e 8 meses de reclusão, além do pagamento de 166 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto para o início de desconto das reprimendas e para substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo juízo das execuções.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 15 de abril de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator