HABEAS CORPUS Nº 494.388 - SP (2019/0048601-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO RODRIGO AUGUSTO TADEU MARTINS LEAL DA SILVA - SP330858
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	DENNYS TEODORO FIRMINO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de DENNYS TEODORO FIRMINO, em face de acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

Consta dos autos que o paciente foi condenado às penas de 6 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 580 dias-multa, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 e art. 244-B da Lei 8.069/90.

Interposta apelação defensiva, o Tribunal deu provimento parcial ao recurso apenas para absolver o réu do crime de corrupção de menores, mantidos os demais termos da sentença.

A defesa sustenta neste *writ*, em suma, estarem preenchidos os requisitos legais para o reconhecimento do tráfico privilegiado, com a redução da pena e o consequente abrandamento do regime prisional, com a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Requer, liminarmente, seja deferido ao paciente o direito de aguardar em liberdade o julgamento de mérito deste *writ*. No mérito, pugna pela revisão da dosimetria da pena, com a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, impondo-se, em consequência, o regime aberto para cumprimento da pena, a qual deve ser convertida em restritiva de direito.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem (fls. 347/350).

É o relatório.

DECIDO.

Consoante relatado, busca a Defesa o reconhecimento do tráfico privilegiado, com a redução da pena e o consequente abrandamento do regime, além da substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos.

O Tribunal de Justiça manteve o afastamento da minorante do tráfico privilegiado aos seguintes fundamentos (fls. 271/279):

A esta altura, acerca da controversa questão relativa à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em nova reflexão sobre o tema (norteada pelo intuito de alcançar o verdadeiro propósito do legislador ao editar o Estatuto Antidrogas), estou revendo meu entendimento, a fim de adotar, como parâmetros para a concessão, ou não, de aludida minorante, a par daqueles legalmente estabelecidos, a quantidade e, sobretudo, a natureza da substância entorpecente traficada.

Com efeito, na minha concepção, para concluir pela ocorrência, no caso concreto, da figura privilegiada do tráfico de drogas, deve o Julgador apurar não apenas a presença dos requisitos exigidos pela norma do § 4º do artigo 33 da Lei Antitóxicos a saber, tratar-se de réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa , mas, também, se o fato penal posto em julgamento ostenta, efetivamente, contornos reveladores da menor periculosidade social do agente.

E esta última análise perpassa, de forma inarredável, pelo exame acerca da quantidade de tóxico comercializada indispensável para determinar se se está realmente diante do chamado "traficante de primeira viagem" ou, ao revés, de indivíduo que possui alguma experiência no ramo da nefasta mercancia e, de igual modo, pela verificação do maior ou menor nível de perniciosidade da substância entorpecente traficada a indicar a existência, ou não, de alto grau de nocividade à saúde pública (bem jurídico penalmente tutelado no delito de tráfico ilícito de drogas).

[...]

Dito de outro modo, tenho para mim que não basta, para a concessão da causa especial de diminuição de pena contemplada no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, a mera satisfação dos pressupostos a que se refere o dispositivo legal ora em comento; é necessário, também, estar-se diante de ação típica que revele, seja pela ínfima quantidade de tóxico traficada, seja pelo baixo nível de lesividade do entorpecente comercializado, um grau de censurabilidade pequeno a ponto de permitir sua rotulação como tráfico privilegiado.

A esta altura, aliás, cabe anotar, apenas a título de reforço argumentativo, que um dos fundamentos da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei Antitóxicos reside na necessidade de se buscar a efetivação do princípio da individualização da pena, não havendo, pois, cogitar-se de afronta ao postulado da proporcionalidade e, de forma geral, a qualquer preceito do ordenamento jurídico-constitucional, até porque a aplicação de tal regra pressupõe sempre a análise das circunstâncias pessoais do agente criminoso e, também, dos contornos fáticos da causa penal.

[...]

Feita essa breve exposição e voltando os olhos à hipótese em tela, observa- se que, conquanto locupletados os pressupostos elencados no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, in casu, a quantidade de droga e o alto grau de perniciosidade das substâncias entorpecentes traficadas (57,4g de crack e 149,8g de cocaína) indicam um maior grau de

reprovabilidade na conduta do agente, a evidenciar, por conseguinte, não ser possível enquadrá-la na figura privilegiada do tráfico de drogas.

Na espécie, como visto, a instância *a quo* afastou a aplicação da causa de diminuição da pena em virtude das circunstâncias do caso, em especial, pela quantidade de drogas apreendidas – 57,4g de crack e 149,7g de cocaína (fl. 31) –, evidenciando o não preenchimento dos requisitos legais previstos no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, diante da quantidade de entorpecente a evidenciar *por conseguinte, não ser possível enquadrá-la na figura privilegiada do tráfico de drogas.*

É pacífico o entendimento nesta Corte Superior de que a quantidade e/ou a natureza da droga **podem** justificar a não aplicação da minorante prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciarem a dedicação à atividade criminosa. A propósito:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. RECURSO NÃO PROVIDO.*
>
> *1. Este Superior Tribunal firmou a orientação de que* ***a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas e, consequentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque indica maior envolvimento do agente com o mundo das drogas.***
>
> *2. Não obstante a acusada seja tecnicamente primária e possuidora de bons antecedentes, as circunstâncias do caso concreto - notadamente, a natureza, a diversidade e a elevada quantidade de drogas apreendidas (2.146,0 g de cocaína e de 1.590,0 g de crack) - levam a crer que a recorrida se dedicava a atividades delituosas, especialmente ao narcotráfico, porquanto evidente que não se trata de traficante ocasional.*
>
> *3. A conclusão pelo afastamento da causa especial de diminuição não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento que, de fato, é obstado pela Súmula n. 7 deste Superior Tribunal. O caso em análise, diversamente, demanda apenas a revaloração de fatos incontroversos que já estão delineados nos autos e das provas que já foram devidamente colhidas ao longo de toda a instrução probatória, bem como a discussão, meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada ao artigo de lei apontado como violado.*
>
> *4. Agravo regimental não provido.*(AgRg no REsp 1442055/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 4/8/2015, DJe 18/8/2015.)

Desse modo, a pretendida revisão do julgado implicaria o reexame do material cognitivo produzido nos autos, insuscetível de ser realizada na estreita via do *habeas corpus.* Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPETRAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. WRIT NÃO CONHECIDO.*
>
> *[...].*
>
> *3. O parágrafo 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa.*
>
> *4.* ***Fixado na sentença condenatória e no acórdão da apelação, com base nos fatos, que o paciente se dedica a atividades criminosas (...situação em que nada se identifica com a pessoa do Réu, o qual, em caráter de habitualidade, por dispor de expressiva quantidade de drogas, em antro da traficância, expõe evidências no sentido de integrar organização criminosa espúria, dedicando-se, profissionalmente, ao tráfico de drogas, circunstância que evidencia seu enraizamento irresgatável ao submundo do crime...) é inviável o reconhecimento da minorante, pois não atende aos requistos previstos na lei, conclusão que não pode ser alterada na via eleita, por demandar revolvimento fático-probatório.***
>
> *5. Regime de cumprimento e substituição de pena, matérias que não foram decididas pelo Tribunal de origem, o que denota a incompetência deste Sodalício para analisar tais matérias, sob pena de indevida supressão de instância.*
>
> *6. Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, no caso concreto, essa benesse não se mostra razoável, até porque, mantido o quantum da pena, maior de 4 anos, o pleito é descabido.*
>
> *7. É que apreendida grande quantidade de droga que atrai a incidência dos ditames norteadores do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, no sentido de 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".

8. Condenado à pena de 5 anos de reclusão por tráfico de 13g de cloridrato de cocaína, acondicionados em 62 pequenos invólucros, correta a fixação do regime mais gravoso, o fechado.

9. Habeas corpus não conhecido (HC 192.828/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 25/6/2013, DJe 1º/8/2013).

No que se refere ao regime inicial de cumprimento da pena, consignaram as instâncias ordinárias:

Sentença (fl. 158):

> Cumprirá a pena inicialmente em regime fechado, **em razão da hediondez do delito de tráfico**, não podendo apelar em liberdade.

Acórdão (fl. 282):

> Por derradeiro, quanto ao regime prisional imponível à espécie, insta conservar-se **a adoção da modalidade inicial fechada, pois tem-se que a opção pelo módulo carcerário mais rigoroso atendeu, sobretudo em virtude da gravidade concreta da hipótese vertente, ao disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal**, não havendo, dessarte, falar-se na incidência, in casu, das Súmulas nºs 718 e 719 do Pretório Excelso, tampouco do regramento contido nos artigos 33, § 2º, e 59, ambos do Estatuto Repressor, e 387, § 2º, do Código de Processo Penal (acrescentado pela Lei nº 12.736/12).

Observa-se que o regime inicial fechado foi fixado com fundamento na hediondez e na gravidade abstrata do delito. Ocorre que o art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/90 foi declarado inconstitucional, *incidenter tantum*, pelo Plenário do STF no julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli), sendo, a partir de então, afastada a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, tendo lá ficado consignado que as regras do art. 33 do CP deveriam ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados, daí o constrangimento ilegal.

O §3º do art. 33 do CP, por sua vez, estabelece que a *determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.* Ou seja, exige-se fundamentação concreta para a fixação de regime inicial mais gravoso do que a pena aplicada permite, nos termos do disposto das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF, respectivamente:

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em

razão da sanção imposta com base apenas na gravidade abstrata do delito.

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Sendo assim, não se justifica a fixação do regime inicial fechado a réu primário, condenado à pena de 6 anos, 10 meses de reclusão , cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, fazendo jus o paciente ao regime **semiaberto**, em atenção ao disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Inalterada a pena final, não há maiores considerações acerca da possibilidade de substituição por restritivas de direitos, por óbice do art. 44, I, do Código Penal.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* apenas para determinar o regime semiaberto para início do cumprimento da pena.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 16 de abril de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator