HABEAS CORPUS Nº 499.358 - SP (2019/0077368-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	FERNANDA TATARI FRAZÃO DE VASCONCELOS - SP232510 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ALEF FERREIRA DOS SANTOS

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de ALEF FERREIRA DOS SANTOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 0012330-11.2016.8.26.0635).

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente a 3 anos e 4 meses de reclusão, inicialmente no regime fechado, pela prática do delito de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/06).

Interposta apelação, pela defesa, o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso, nos termos do julgamento que ficou assim resumido:

> *Apelação. Tráfico de drogas Art. 33, caput e §4º, da Lei Antidrogas. Preliminares de violação ao direito ao silêncio e flagrante preparado rejeitadas. Autoria bem comprovada por meio da prova oral. Validade da palavra policial. Redutora do §4º mantida no patamar de 1/3. Possibilidade de ponderação das circunstâncias do art. 42 da Lei Antidrogas, como norte na dosagem da fração aplicada. Regime inicial fechado mantido. Não cabimento da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Preliminares rejeitadas. Recurso não provido* (fl. 78).

Daí o presente *writ*, no qual a impetrante alega constrangimento ilegal diante da determinação do cumprimento antecipado da pena. Aduz a possibilidade de aplicar a fração máxima de redução da pena prevista no § 4º do art. 33, bem como fixar regime prisional mais brando e substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

Indeferido o pedido liminar e prestadas as informações pela autoridade coatora, o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, nos termos da seguinte ementa:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO PELA APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, §4º, DA LEI DE DROGAS, EM SEU PERCENTUAL MÁXIMO. FRAÇÃO REDUTORA DE METADE, EM RAZÃO DA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. SUFICIÊNCIA. PRECEDENTE DESSE TRIBUNAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA NÃO RECOMENDÁVEL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. NOVA INTERPRETAÇÃO DO STF. RESSALVA FEITA PELA CORTE A QUO A RESPEITO DO ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT E CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO, PARA FIXAR O PERCENTUAL DE METADE PARA O BENEFÍCIO PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06, DEVENDO SER ESTABELECIDO, AINDA, O REGIME SEMIABERTO PARA O CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA* (fl. 152).

É o relatório.

Decido.

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

O paciente foi preso em flagrante porque trazia consigo e mantinha em depósito, para fins de comercialização e difusão ilícita a terceiros, 65 porções de cocaína e 19 de maconha, razão pela qual foi condenado por tráfico ilícito de drogas, nestes termos:

> *[…]*
> *Na primeira fase do cálculo, em atenção ao que dispõe o artigo 42 da Lei Antidrogas "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" e, às circunstâncias do artigo 59, do Código*

Penal, consistentes na culpabilidade, compreendida como grau de censurabilidade da conduta, que foi a inerente ao crime de tráfico de drogas; nos antecedentes, o acusado é primário (fls. 82/83); nos motivos, circunstâncias e conseqüência do crime foram os naturais da infração penal; e, por se tratar de crime vago, com sujeito passivo indeterminado, não se cogita de comportamento da vítima. Assim, combinando-se os dois dispositivos, a pena base será mantida em seu mínimo legal, 05 anos de reclusão e 500 dias-multa, fixados no valor unitário mínimo legal, à míngua de maiores informações sobre a capacidade econômica do réu.

Na segunda fase do cálculo, não há agravantes ou atenuantes a serem reconhecidas.

Na terceira fase da fixação da pena, o benefício da redução de pena trazido pela Lei n° 11.343/06 deve ser concedido ao acusado. Isso porque, o § 4º, do artigo 33, de referida Lei, dispõe que as reprimendas referentes aos delitos definidos no caput e no § Iº deste artigo poderão sofrer redução de 1/6 a 2/3, caso seja o agente primário, de bons antecedentes, e não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa, sendo esta a hipótese dos autos, tendo em conta que não restou minimamente comprovada qualquer ligação do acusado com organizações criminosas.

Desta forma, diminuo a reprimenda em 1/3, diante da razoável quantidade de droga apreendida, perfazendo, assim, sanção de 03 anos e 04 meses de reclusão e 333 dias-multa, não sendo o caso, porém, de redução da pena no patamar máximo legal.

Destaque-se que, em relação à referida causa de diminuição, o próprio Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal admitem a consideração da quantidade e da qualidade de droga| apreendida para balizar o patamar de diminuição a ser aplicado.

[...]

O delito de tráfico é equiparado por lei a crime hediondo, sendo concretamente grave e motivador de inúmeros outros delitos, os quais ora são praticados com o fim de obtenção de dinheiro para aquisição de outros entorpecentes, ora são perpetrados em conseqüência da utilização das drogas, que provocam diversas alterações na psique de seu usuário, além de fomentar o crime organizado. Demais disso, é ainda causador da falência de inúmeras famílias, trazendo dor e sofrimento para cidadãos de bem, de modo que deve sofrer do Estado rígida repressão, de modo que outro regime não se vislumbra possível na hipótese senão o inicial fechado, não sendo cabível, da mesma forma, a substituição da pena corporal por sanção restritiva de direitos ou a concessão de sursis, eis que não se mostram as medidas socialmente recomendáveis, não sendo suficientes para a reprovação e prevenção do delito sub judice, conforme artigo 44, inciso III, do Código Penal, que determina que as penas restritivas de direitos substituem as privativas de liberdade, quando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a

personalidade do condenado, bem como os motivos e circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente, o que não ocorre no caso vertente (fls. 131/132).

No julgamento da apelação criminal, o Tribunal de origem manteve incólume a reprimenda, consignando:

> *No tocante à pena-base, esta foi fixada em seu piso legal, em que pese a variedade de drogas impusesse, na visão desta Relatoria, seu incremento, em 1/6 (um sexto), com fundamento no art. 42 da Lei Antidrogas, ponto em que não se altera a r. sentença em respeito à vedação à reformatio in pejus.*
>
> *Na segunda fase da dosimetria, sem agravantes ou atenuantes a serem consideradas.*
>
> *Na terceira e última fase, mantém-se a incidência do redutor do §4º, do art. 33, da Lei Antidrogas, na fração de 1/3 (um terço).*
>
> *Neste ponto, cabe ponderar que a quantidade e variedade de entorpecentes devem ser consideradas nas diversas fases da dosimetria (art. 42 da Lei Antidrogas), mas sob perspectivas diversas na primeira, é considerada como fator atentatório à saúde pública, e na fixação da pena final é vista sob o prisma do grau de envolvimento do réu com estrutura criminosa destinada ao tráfico.*
>
> *[...]*
>
> *Sendo assim, considerando a quantidade de drogas encontradas (oitenta e quatro porções), e sua natureza, especialmente da cocaína, droga de alto poder viciante e destrutivo, adequada a incidência de fração de 1/3 (um terço), a qual fica mantida.*
>
> *Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, insta salientar que esta Relatoria, revendo posicionamento antes adotado, e considerando a superação do entendimento da Súmula nº 512 do C. STJ, tendo em vista que o Tribunal da Cidadania passou a acompanhar o posicionamento do E. STF, no sentido de que o tráfico com a causa de diminuição do art. 33, §4º, da Lei Antidrogas, não é delito hediondo (v. STF. Plenário. HC 118533, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 23/06/2016 e STJ. Pet nº 11.796/DF), não há razão para se cogitar da aplicação do disposto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, sendo certo que, quanto ao crime de "tráfico privilegiado", há que se proceder a adequação do regime inicial de cumprimento de pena como nos demais delitos "comuns".*
>
> *[...]*
>
> *No caso, todavia, o regime inicial fechado é de fato o adequado, considerando a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, as quais não podem ser ponderadas na primeira fase da*

dosimetria, mas podem e devem ser consideradas aqui, na fixação do regime.

Observo, por fim que incabível a conversão dela em pena restritiva de direitos.

Em que pese a recente edição da Resolução nº 5 do Senado Federal, que suspendeu a expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", presente no § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas, tal benefício não é possível diante das circunstâncias do caso concreto, tendo em vista os efeitos nocivos do crime de tráfico de entorpecentes, que geram profundas feridas na sociedade atual, e revelam a postura indiferente adotada pelo agente com relação à saúde pública e o bem estar social, o que vai de encontro com o requisito previsto pelo inciso III, do art. 44, do Código Penal (CP), qual seja, "os motivos e circunstâncias do crime indicarem que essa substituição seja suficiente".

Desta feita, embora o crime tenha sido praticado sem violência ou grave ameaça, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não é cabível na espécie, uma vez que seria insuficiente à prevenção e repressão do ilícito penal (art. 44, inciso III, do CP) (fls. 83/87).

Verifico que a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 foi mantida em 1/3 (um terço) tendo em vista a quantidade e a natureza da droga apreendida.

A fundamentação apresentada no acórdão impugnado está de acordo com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06, bem como com a jurisprudência desta Corte, a qual possui o entendimento de que a quantidade e a natureza das drogas podem justificar a aplicação do § 4º em fração inferior a 2/3.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. TENTATIVA DE ENTREGA DE ENTORPECENTES DENTRO DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. INTUITO DE MERCANCIA. DELITO CONSUMADO. PRECEDENTE. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. FRAÇÃO FIXADA DENTRO DO CRITÉRIO DA DISCRICIONARIEDADE JURÍDICA VINCULADA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Os elementos existentes no autos informam que o agravante, por intermédio de terceira pessoa, solicitou que lhe fosse entregue dentro do presídio 13,2g de cocaína e 29g de maconha

com a finalidade de mercancia, respondendo, portanto, pelo crime de tráfico de drogas (coautoria). Precedente.

2. O redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 foi fixado em 1/2 (metade) tendo em conta a quantidade e a variedade da droga apreendida.

3. O critério para a escolha do patamar de diminuição fica adstrito ao prudente arbítrio do julgador, que deve observar o princípio do livre convencimento motivado.

4. Agravo regimental não provido (AgRg no AgRg no REsp 1558988/RO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 01/08/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. PROVA PERICIAL. DESNECESSIDADE. OUTROS ELEMENTOS INDICATIVOS DA PROXIMIDADE DO ESTABELECIMENTO DE ENSINO. NECESSIDADE DE INCURSÃO EM MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. REDUTORA DO ART. 33, § 4º DA LEI DE DROGAS. QUANTUM DE REDUÇÃO. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REGIME SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. REQUISITO SUBJETIVO. NÃO PREENCHIMENTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

6. Nos termos do art. 42 da Lei de Drogas, "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".

7. Esta Corte firmou o entendimento no sentido de que, na falta de indicação pelo legislador das balizas para o quantum de redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

8. Segundo reiterada jurisprudência deste Tribunal

Superior, o mencionado benefício legal tem como objetivo favorecer os pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida (AgRg no AREsp 648.408/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 5/10/2015; AgRg no REsp 1423806/SP; Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015).

9. In casu, observa-se o juiz sentenciante concluiu motivadamente por aplicar o redutor no patamar de 1/2, tendo em vista a quantidade e a variedade das drogas apreendidas - 23 trouxinhas de maconha, 50 supositórios de cocaína e 08 invólucros de lança-perfume - o que não se mostra desproporcional, porquanto fundamentada em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.

10. Devidamente motivado o agravamento da sanção na quantidade e na natureza das drogas apreendidas, a escolha do quantum de redução é questão afeta à atividade discricionária do julgador, que só pode ser alterada quando verificada sua desproporcionalidade, o que não é o caso dos autos.

11. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, também o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

12. No caso, o Juízo sentenciante fixou e o Tribunal de origem manteve o regime fechado em razão da hediondez e da gravidade abstrata do crime de tráfico de drogas, fundamentação inidônea para tanto, consoante se observa da reiterada jurisprudência desta Corte, para a qual a natureza hedionda e a gravidade abstrata do delito não justificam a definição do modo mais severo de cumprimento da pena.

13. Estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 11 meses de reclusão, verificada a primariedade da agente, o regime semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave, segundo o quantum da sanção aplicada) é o suficiente à prevenção e à reparação do delito, considerada a quantidade e a variedade das drogas apreendidas - 23 trouxinhas de maconha, 50 supositórios de cocaína e 08 invólucros de lança-perfume -, fundamento utilizado, inclusive, na terceira fase da dosimetria.

14. Utilizada a quantidade e a variedade da droga para modular o quantum de redução, no patamar de 1/2, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se

mostra suficiente, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP).

15. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de, cassando a liminar anteriormente deferida, fixar o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade (HC 359.934/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 15/08/2016).

Noutro enfoque, a quantidade, variedade e natureza das substâncias entorpecentes justificam o agravamento do regime prisional e a não substituição da pena. Porém, tendo em vista a pena aplicada, inferior a 4 anos, o regime semiaberto mostra-se suficiente, nos termos da jurisprudência desta Corte.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ***PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL INTERMEDIÁRIO.*** *[...] ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

In casu, em razão de as circunstâncias judiciais serem favoráveis (art. 59 do Código penal - CP), de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e de a pena aplicada ser inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, alínea "c", do CP), caberia a fixação do regime inicial aberto. Todavia, a diversidade, natureza e variedade dos entorpecentes (art. 42 da Lei n. 11.343/06) - 59 pinos de cocaína (37,8 gramas), 13 pacotes plásticos que continham pinos de plástico de crack (234,5 gramas), 1.297 papelotes plásticos de maconha (3,942 gramas) e 19 embalagens plásticas de maconha (3.030 gramas) - é fundamentação idônea para justificar a imposição do regime inicial mais gravoso, mas que, no caso é o semiaberto, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do CP e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

[...]

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto, bem como determinar que o Juízo das Execuções considere a possibilidade da detração (HC 384.990/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, DJe 04/09/2017).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE

CONDENADO À PENA DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA QUE JUSTIFICA A FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA (1/2) UTILIZADA. REGIME PRISIONAL FECHADO. ***PENA INFERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO.*** *SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM O BENEFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719 do STF.

- Nos termos do entendimento firmado por esta Corte Superior de Justiça, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais severo. Na hipótese, o acórdão recorrido fundamentou a necessidade do regime fechado com base na quantidade e na nocividade da droga apreendida.

- Embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos (pena de 2 anos e 6 meses de reclusão), cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, fazendo jus o paciente ao regime intermediário, qual seja, o semiaberto. Precedentes desta Corte.

- Ainda que o quantum de pena fixado seja inferior a 4 (quatro) anos, a quantidade e a nocividade do entorpecente apreendido não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto (HC 309.921/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 13/04/2016).

Por fim, mediante consulta ao *site* do Tribunal *a quo*, constata-se o trânsito em julgado da ação penal em exame, no dia 15/4/2019. Diante da definitividade do decreto condenatório, impõe-se o cumprimento da pena.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício para fixar o regime semiaberto.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília (DF), 10 de junho de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator