

**HABEAS CORPUS Nº 514.706 - SP (2019/0165091-8)**

**RELATORA** : **MINISTRA LAURITA VAZ**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
FELIPE DE CASTRO BUSNELLO - SP324728  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : DAVID GONCALVES SOARES (PRESO)

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de DAVID GONÇALVES SOARES contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação n.º 0002017-63.2017.8.26.0535.

Consta nos autos que o Paciente foi denunciado pela prática do delito descrito do art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porque transportava 301 (trezentos e um) tubos de cocaína, com peso líquido de 121,3g (cento e vinte e um gramas e três decigramas).

Sobreveio sentença que o condenou à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, sendo-lhe vedado o apelo em liberdade.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo desproveu o apelo defensivo e deu parcial provimento ao recurso ministerial para afastar a causa de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, condenando o Réu à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais 500 (quinhentos) dias-multa.

No presente *habeas corpus*, a Defesa alega que o Paciente está cumprindo pena desproporcional, em regime mais gravoso do que o adequado, sob o argumento de que o "*Tribunal de Justiça de São Paulo vem sistematicamente decidindo de forma contrária ao que estabelecem a legislação pátria e a jurisprudência deste Colendo Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/20056, bem como à possibilidade de fixação de regime inicial diverso do fechado e de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos ao Condenado por tráfico de*

*drogas*" (fl. 7).

Sustenta a necessidade de restabelecimento da aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, diante da ausência de motivos para o seu afastamento, em especial se considerada a quantidade de drogas supostamente apreendida.

Afirma, ainda, que, com a redução da pena em decorrência da aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, a fixação do regime fechado contraria os Princípios da Isonomia, da Razoabilidade e a Individualização das Penas, devendo ser fixado, ao menos, o modo semiaberto.

Cita o teor das Súmulas n.ºs 718 e 719, do Supremo Tribunal Federal e n.º 440 do Superior Tribunal de Justiça.

Argumenta, por fim, ser cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Pugna pela concessão da medida liminar para que seja restabelecida a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, bem como seja adequado o regime inicial executório, fixando-se ao menos o semiaberto, e, ainda, seja a reprimenda privativa de liberdade substituída por restritivas de direitos.

Subsidiariamente, requer que seja reconhecido o direito do Paciente de permanecer em liberdade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Ao final, pleiteia pela confirmação da liminar.

É o relatório inicial.

Passo à análise do pedido urgente.

Ao reformar a sentença condenatória para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, o acórdão impugnado ressaltou o seguinte (fl. 151):

*"Na terceira etapa, respeitado o entendimento do douto Magistrado, com razão o douto Parquet, em sendo incabível a aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, uma vez que restou configurado que o acusado não se trata de traficante eventual, mas sim, que se dedica a atividades criminosas, pois diante das circunstâncias do crime descrito na denúncia, bem como diante da apreensão de quantidade significativa de cocaína (301 porções, com peso líquido de 121,3g), substância com alto poder viciante, além do modo como estavam embaladas e acondicionadas, levando em consideração, ainda, que ele foi preso em flagrante, praticando o crime em plena via pública em um dia útil, o que obviamente, aumenta a gravidade de sua*

*ação, a comprovar que fazia do tráfico o seu meio de vida, são todas situações mais do que suficientes para que não se conceda a referida benesse."*

São condições para que o condenado faça jus a 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.

Em juízo de cognição sumária, não é possível afastar a conclusão da Corte de origem quanto à dedicação do ora Paciente à atividade criminosa. Tal providência demanda aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, o que, como é sabido, salvo patente ilegalidade *primo ictu oculi*, afigura-se inviável na via estreita do *writ*.

No mesmo sentido:

"[...]

*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 de 12/04/2018.)*

"[...]

*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 de 16/04/2018.)*

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.)

De outro lado, o regime inicial fechado de cumprimento da pena foi estabelecido sob os seguintes fundamentos (fls. 152-153; grifos constantes no original):

*"O regime inicial de cumprimento escolhido fechado, era o único cabível na hipótese ainda que não fosse pelo quantum das penas e lembradas a reprovabilidade da conduta e a hediondez do crime (Lei nº 11.464/2007). Outro nem seria recomendável, a teor do disposto nos artigos 33 e 59 do Código Penal e obedecidos os princípios da necessidade e suficiência.*

*Ademais, embora se lembre aqui a decisão do Pleno da c. Suprema Corte declarando a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei de Crimes Hediondos (HC nº 111.840/ES, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 14.6.2012), importa consignar que tal declaração deu-se incidentalmente, sem efeito erga omnes. E em verdade, o que lá se decidiu foi que se deveria afastar a obrigatoriedade de início do cumprimento de pena no regime fechado para aqueles que preencham todos os demais requisitos previstos no artigo 33, §§ 2º, b, e 3º, do Código Penal.*

*Até porque nos casos de tráfico, em face do bem jurídico protegido e observado o disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, quanto maior a capacidade de viciar da droga em abstrato, maior a reprovabilidade, e como já se decidiu, o regime fechado é o único que se mostra suficiente para atingir a função preventiva específica da pena, que é inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal (Apelação nº 0070508-98.2012.8.26.0050, rel. Lauro Mens de Mello, j. em 18.12.2014).*

*Reitere-se: como já se decidiu recentemente, embora a primariedade e o quantum da pena possam permitir, em tese, a escolha de regime mais brando, não há ilegalidade na fixação de regime mais gravoso quando justificado pela quantidade e natureza do entorpecente apreendido, de acordo com o parágrafo 3º do artigo 33 do Código Penal (HC nº 313.085/SP, rel. Min. Joel Paciornik, j. em 21.6.2016) (grifo nosso)."*

Como se sabe, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código

Penal.

No caso, a pena-base foi fixada no mínimo legal, com reconhecimento de circunstâncias judiciais favoráveis e a quantidade de droga não pode, ao menos à primeira vista, ser considerada exacerbada.

Sendo assim, o regime apropriado, à espécie, é o **intermediário**, considerando o *quantum* da pena, 5 (cinco) anos de reclusão, à luz do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

Ante o exposto, DEFIRO PARCIALMENTE o pedido liminar, tão somente para estabelecer o regime **semiaberto** para o início do cumprimento da reprimenda.

Oficie-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao Juízo de primeiro grau, encaminhado-lhes cópia desta decisão.

Solicitem-se informações ao Tribunal de origem.

Após, ouça-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 12 de junho de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora