

HABEAS CORPUS Nº 480.833 - SP (2018/0314146-9)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
WESLEY SANCHES PINHO - SP331671
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIS FERNANDO DA SILVA INEZ (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA RECONHECIDA PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. REVISÃO DO ENTENDIMENTO. NECESSIDADE DE AMPLO REVOLVIMENTO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA CONCRETAMENTE FUNDAMENTADO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LUIS FERNANDO DA SILVA INEZ contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação n.º 0001650-86.2017.8.26.0196.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado como incurso no crime descrito no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, às penas de 5 (cinco) anos, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. Isso porque guardava, para fins de entrega a consumo de terceiros, 3 (três) pedras de cocaína, totalizando 405,3g (quatrocentos e cinco gramas e três decigramas), sem autorização e em desacordo com determinação legal (fls. 154-158).

Irresignada, a Defesa interpôs Apelação perante o Tribunal *a quo*, sendo o recurso negado, que manteve *in totum* a sentença condenatória nos termos da seguinte ementa:

"Tráfico de drogas - Recurso defensivo pleiteando a absolvição por excludente de culpabilidade ou por insuficiência probatória e, subsidiariamente, a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/06, a substituição da pena privativa de liberdade por penas

restritivas de direitos e o abrandamento do regime prisional - Provas francamente incriminadoras - Crime de perigo abstrato, não se exigindo que o infrator seja flagrado no próprio ato de venda da mercadoria proibida - Coação moral irresistível não comprovada - Prova da alegação que incumbe à defesa, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal - Pena que não comporta reparo no seu quantum - Réu beneficiado com a fixação da pena base no mínimo legal, haja vista a expressiva quantidade de droga apreendida - Ausência de recurso ministerial - Reconhecimento das atenuantes da confissão e da menoridade relativa sem reflexo na pena - Inteligência da Súmula 231 do C. Superior Tribunal de Justiça - Inaplicabilidade do redutor - Incidência que não pode ser regra, independentemente de ser o agente primário e de bons antecedentes - Réu que fazia do comércio ilícito de entorpecentes seu meio de vida, não se tratando de traficante ocasional - Inviabilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Crime nefasto, sendo preciso maior reprovabilidade àquele que envereda para a prática de tal conduta ilícita, de modo a prevalecer o parâmetro da suficiência e proporcionalidade na fixação da pena - Necessidade de imposição de tratamento mais rigoroso ao traficante - Regime prisional fixado com critério - Crime equiparado a hediondo, o que ensejaria a aplicação, inicialmente, do regime mais gravoso - Dado parcial provimento." (fls. 290-291.)

Neste writ, a Impetrante alega que:

a) "o paciente não integra organização criminosa e nem se dedica a atividades delitivas, bem como que ostenta bons antecedentes e é primário, de rigor a aplicação do redutor em sua fração máxima de 2/3 (dois terços)" (fls. 04 e 05);

b) "quando a pena-base é fixada em seu grau mínimo, não pode ser estabelecido o regime de cumprimento de pena mais severo com fundamento na gravidade do delito" (fl. 08); e

c) "o tribunal local deixou claro que a substituição não seria possível em nenhum caso de tráfico, em patente afronta ao que já decidido pelas instâncias superiores" (fl. 10).

Assim requer, em medida liminar, que seja determinada a soltura do Paciente e, no mérito, que seja aplicada a causa especial de diminuição de pena, prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, bem como a modificação do regime prisional para o cumprimento da reprimenda e a substituição por penas restritivas de direito (fls. 15 e 16).

O pedido liminar foi indeferido (fl. 317).

As informações foram prestadas (fls. 323-343).

O Ministério Público Federal manifestou-se, opinando pelo não

conhecimento do *writ ou*, se conhecido, pela denegação da ordem (fl. 350).

É o relatório.

Decido.

A Impetrante alega que o Paciente faz jus à minorante, prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, contudo, a Corte *a quo*, ao manter o afastamento do redutor, assinalou que o Paciente se dedicava a atividades criminosas, conforme se observa:

“O redutor não pode incidir como regra, mas sim excepcionalmente ao traficante eventual, como por exemplo: Viciado que fornece parte da sua droga para outro usuário, porque em falta o entorpecente nos pontos de venda ilícita. E essa não é a situação dos autos. O réu tentou se evadir ao perceber a aproximação policial, porque estava na posse de expressiva quantidade de pasta base de cocaína, mais de 400g, a qual tem potencialidade lesiva ainda maior, notadamente se considerado que, quando do fracionamento, produziria incontáveis porções individuais da droga, tudo a demonstrar o exercício da prática ilícita de forma habitual.” (fl. 198; sem grifos no original.)

Desse modo, não preenchidos os requisitos legais, conforme atestaram as instâncias ordinárias, não faz jus o Paciente à aplicação da minorante pretendida.

Para se desconstituir o entendimento firmado, de que o Paciente se dedicava às atividades ilícitas, seria necessário proceder ao revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos o que não se mostra cabível na via estreita do *habeas corpus*. Nesse sentido:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. PACIENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. [...]"

2 - A jurisprudência deste Tribunal é assente no sentido de que a quantidade de droga apreendida configura motivação suficiente para afastar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que evidencia a dedicação à atividade criminosa (HC n. 356.145/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 1º/12/2016). [...]"

4 - Não pode esta Corte Superior desconstituir os fundamentos adotados pelo Tribunal de origem sem ampla incursão no acervo fático-probatório dos autos, tarefa para a qual não se presta o habeas corpus.

5 - Agravo regimental a que se nega provimento." (AgInt no HC

465.758/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 01/02/2019; sem grifos no original.)

Quanto ao regime, o Juízo de primeiro grau fixou o regime fechado se valendo dos seguintes argumentos:

“Regime inicial do cumprimento da pena será o FECHADO (praticou-se crime de tráfico, de natureza grave, envolvendo quase meio quilo de pasta-base de cocaína, que atinge indistinto universo de pessoas, afetadas direta e pessoalmente por tão grave conduta, que abala sobremaneira o equilíbrio social. E com a inclinação do réu à prática de crimes desse naipe, se solto, há probabilidade de que volte a ofender a ordem pública estabelecida e, assim, por ora, revela-se pernicioso seu convívio com a sociedade, devendo cumprir pena em regime mais gravoso, para que possa se adequar às regras do bom convívio social).” (fls. 156 e 157; sem grifos no original.)

O Tribunal de origem manteve o regime com base na seguinte fundamentação:

“Incabível, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. O crime de tráfico de drogas é nefasto, causador de grande desassossego social, pelo que é preciso maior reprovabilidade àqueles que enveredam para a prática de tal conduta ilícita, de modo que prevaleça o parâmetro da suficiência e proporcionalidade na fixação da pena, mostrando-se de todo inviável qualquer benefício, sob pena de indisfarçável impunidade, na contramão do anseio social voltado para a melhoria da segurança pública.

Sabe-se que o tráfico de drogas é uma espécie de mola propulsora à prática de outros crimes graves, principalmente roubos. E, é justamente atento a isso, que se impõe tratamento com maior rigor ao traficante, delinquente que, por conclusão lógica, não tem mérito para benesses legais.

O regime inicial fechado para o cumprimento da pena foi corretamente fixado. A gravidade do crime assim o recomenda, sendo comparado a crime hediondo, o que enseja a aplicação, inicialmente, de um regime mais severo, mostrando à sociedade a eficaz repressão a esse tipo de delito.

Não é só. Quem envereda para a prática desse tipo de criminalidade, indisfarçavelmente tem personalidade deturpada, causadora de risco à ordem pública.” (fls. 298 e 299.)

De fato, a fixação do regime prisional não está condicionada somente ao *quantum* da pena, mas às circunstâncias judiciais, dentre as quais, são consideradas preponderantes a quantidade e a natureza da droga. Com efeito, esta Corte já proferiu julgados em que considerou ser legítimo fixar regime prisional mais gravoso a

condenados por tráfico com fundamento na substancial quantidade de droga e sua qualidade, como no caso em tela, em que foram apreendidos **405,3g** (quatrocentos e cinco gramas) **de pasta-base de cocaína**. Exemplificativamente, cito os seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. RÉUS QUE SE DEDICAM À ATIVIDADE CRIMINOSA. GRAVIDADE CONCRETA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. INAPLICABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2.º E 3.º DO CÓDIGO PENAL. ORDEM DENEGADA.

1. Hipótese na qual o Tribunal estadual reformou a sentença penal condenatória para afastar a causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006, majorando as penas para 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e a multa pecuniária para 500 dias-multa.

2. São condições para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei de Drogas: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Tais requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente; à míngua de qualquer uma dessas condições como no caso, em que a Corte a quo concluiu que os Pacientes exerciam o tráfico com regularidade, haja vista a quantidade de droga apreendida: **204 porções de cocaína, pesando 165 gramas.**

3. 'Rever o entendimento para fazer incidir a causa especial de diminuição demanda, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus' (STJ, HC 447.680/SP, Quinta Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 01/08/2018).

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, no dia 27 de junho de 2012, o HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, declarou incidentalmente, por maioria, a inconstitucionalidade do § 1.º, do art. 2.º, da Lei n.º 8.072/90 (redação dada pela Lei n.º 11.464/07), e afastou a obrigatoriedade apriorística de se fixar o regime inicial fechado para os condenados por tráfico.

5. Portanto, independentemente do caráter hediondo do crime, quando da fixação do regime carcerário inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal. Na hipótese, a natureza e a quantidade de droga apreendida justifica a fixação de regime mais gravoso.

6. Habeas corpus denegado." (HC 463.030/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 23/11/2018.)

Por fim, é inviável a conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista o não preenchimento do requisito objetivo previsto no art. 44, I, do CP.

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

Publique-se e Intime-se.

Brasília (DF), 07 de junho de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora

