HABEAS CORPUS Nº 516.035 - SP (2019/0173600-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	RODRIGO FRANCISCO DE ARRUDA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de **Rodrigo Francisco de Arruda**, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação n. 00031697420168260635) - fl. 79:

> APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - DECISÃO MONOCRÁTICA DO MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR DO C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE, EM JULGAMENTO DE HABEAS CORPUS, CONCEDEU A ORDEM, DE OFÍCIO, PARA DETERMINAR QUE ESTE E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA PROCEDA À NOVA DOSIMETRIA DA PENA, DEFININDO EM QUE ETAPA DA DOSIMETRIA A QUANTIDADE, A NATUREZA E A DIVERSIDADE DE DROGAS SERÃO CONSIDERADAS, DETERMINANDO-SE, AINDA, A VERIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL E DA POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS - Recurso da Defesa parcialmente provido, para reduzir as penas do réu para 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo, mantido, no mais, o V. Acórdão.

Verifica-se dos autos que, após determinação desta Corte de que fosse refeita a dosimetria na origem (HC 404.456/SP), o paciente foi condenado, como incurso no art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (12,2 g de *crack*, 2,6 g de cocaína e 7,9 g de maconha), à pena de 5 anos de reclusão, no regime inicial fechado, além do pagamento de 500 dias-multa.

Requer-se, com a impetração, seja aplicada a causa de redução prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (tráfico privilegiado), na fração máxima. Afirma-se que o paciente é primário, possuidor de bons antecedentes, não se dedica às atividades criminosas e foi apreendida pouca quantidade de entorpecentes. Postula-se, ainda, a imposição do regime inicial aberto.

É o relatório.

A aplicação do redutor pelo reconhecimento do tráfico privilegiado foi

afastada no acórdão (fl. 82), com base na quantidade e diversidade de drogas apreendidas. Na minha compreensão, a fundamentação utilizada não constitui elemento concreto para comprovar a habitualidade ou a dedicação à atividade criminosa. Por outro lado, a jurisprudência desta Corte está consolidada na linha de que a quantidade e diversidade de drogas, por si sós, não constituem fundamentação suficiente para afastar a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Confira-se:

> PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. VIOLAÇÃO AO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. NEGATIVA FUNDADA SOMENTE NA QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. IMPOSSIBILIDADE. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DESTA RELATORA. MALFERIMENTO AOS ARTS. 33, § 2º, "B" E 42 DA LEI Nº 11.343/06. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 356/STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a incidência de eventuais causas de aumento ou diminuição de pena, bem como a fração a ser aplicada. Óbice do enunciado n.º 7 da Súmula desta Corte Superior de Justiça.
>
> 2. **"A quantidade e a qualidade de drogas, por si sós, não podem impedir a aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas" (HC 343.290/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 13/05/2016) . Ressalva do entendimento desta relatora.**
>
> 3. É assente neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido de que é condição sine qua non ao conhecimento do especial que tenham sido ventilados, no contexto do acórdão objurgado, os dispositivos legais indicados como malferidos na formulação recursal, emitindo-se, sobre cada um deles, juízo de valor, interpretando-se-lhes o sentido e a compreensão, em atenção ao disposto no artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, que exige o prequestionamento por meio da apreciação da questão federal pelo Tribunal a quo, de modo a se evitar a supressão de instância.
>
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento.
>
> (AgRg no AREsp 1.285.790/GO, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 2/8/2018)

Assim, quanto ao crime de tráfico de drogas, mantida a pena fixada na origem, 5 anos de reclusão, aplico, na terceira fase, o redutor na fração mínima de 1/6, previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, considerando a diversidade de drogas apreendidas.

Pela prática do crime previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, portanto, a

pena fica fixada em 4 anos e 2 meses de reclusão, além do pagamento de 416 dias-multa.

Tratando-se de paciente primário, com pena-base no mínimo legal, adequado, nos termos do art. 33, § 2º, *"b"*, o regime inicial semiaberto.

De acordo com a Súmula 719/STF, a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea. A Suprema Corte, quando do julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007. Também o Supremo Tribunal Federal já declarou a inconstitucionalidade da proibição à substituição da reprimenda privativa de liberdade:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO HABEAS CORPUS 97.256. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO. CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL COM REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (ARE 663.261, Ministro Luiz Fux, DJe 6/2/2013).

Observo que a vedação à substituição e ao regime menos gravoso apenas com base na gravidade abstrata do crime não constitui fundamentação idônea. Destaco que **a quantidade e diversidade de droga, por si sós, no caso, não justificam a imposição de regime mais gravoso do que o previsto em lei.**

Com essas considerações, concedo a ordem para estabelecer a pena do paciente **Rodrigo Francisco de Arruda** em 4 anos e 2 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, além do pagamento de 416 dias-multa. (Ação Penal n. 00031697420168260635 - 29ª Vara Criminal de São Paulo/SP).

Comunique-se.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 14 de junho de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator