HABEAS CORPUS Nº 512.391 - SP (2019/0151495-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	FAHD DIB JUNIOR
ADVOGADO	:	FAHD DIB JUNIOR - SP225274
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	VINICIUS FERNANDES DE SOUZA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de VINÍCIUS FERNANDES DE SOUZA no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicialmente aberto, e ao pagamento de 250 dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista que, juntamente com outros acusados, possuía em depósito **322,26g (trezentos e vinte e dois gramas e vinte e seis centigramas) de maconha distribuída em dezenove porções e 11,04g (onze gramas e quatro centigramas) de cocaína em três porções.**

A pena privativa de liberdade foi convertida em duas restritivas de direitos consistentes na prestação de serviços à comunidade e na prestação pecuniária, com a expedição do competente alvará de soltura.

Dos autos também se depreende que o réu foi absolvido quanto ao crime tipificado no art. 35, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal (e-STJ fls. 35/42).

Interposta apelação pelas partes, os desembargadores da 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça negaram provimento ao recurso defensivo e proveram, em parte, a insurgência do *Parquet* a fim de elevar a sanção definitiva para 5 anos de reclusão, mais 500 dias-multa, a ser cumprida inicialmente no regime fechado (e-STJ fls. 25/30).

Recebeu o acórdão esta ementa (e-STJ fl. 26):

APELAÇÃO - TRÁFICO DE DROGAS:

> *JUSTIÇA PÚBLICA: Condenação dos réus também pelo crime de associação para o tráfico: Descabimento. Exclusão da redutora especial e das penas alternativas - agravamento do regime prisional: Viabilidade.*
>
> *DEFESAS: Absolvição - Insuficiência probatória - Impossibilidade: Comprovação segura nos elementos coligidos aos autos. Desclassificação para figura do art. 28, da Lei de Drogas: Inviabilidade.*
> *RECURSO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSOS DEFENSIVOS IMPROVIDOS.*

Neste *writ*, a defesa aponta constrangimento ilegal decorrente do não reconhecimento do tráfico privilegiado e da imposição do regime mais gravoso para início de cumprimento da sanção.

Sustenta que, *"sendo o recorrente primário, e não existindo nada nos autos que indique que ele se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa, resta claro que preenche a todos os requisitos exigidos pelo parágrafo 4º da Lei n. 11.343/06, sendo assim impositiva a aplicação da causa de diminuição"* (e-STJ fl. 8), e afirma que a quantidade de entorpecentes apreendidos não é expressiva.

Alega que, apesar de serem favoráveis ao réu todas as circunstâncias judiciais e de a reprimenda final ser inferior a oito anos de reclusão, foi estabelecido o regime inicialmente mais severo para cumprimento da pena com fundamente, apenas, na gravidade do delito, o que vai de encontro ao disposto nas Súmulas n. 718 e 719 do STF e 440 do STJ.

Dessa forma, requer, liminarmente, o abrandamento do regime prisional para o aberto. No mérito, postula a aplicação da minorante, com a confirmação da liminar e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (e-STJ fls. 3/24).

O pedido liminar foi deferido, em menor extensão, para que o paciente pudesse aguardar no regime intermediário o julgamento deste *habeas corpus* (e-STJ fls. 51/54).

Os autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal, que se manifestou pelo não conhecimento da ordem (e-STJ fls. 60/64).

É, em síntese, o relatório.

Objetiva a defesa, primeiramente, a aplicação da causa especial de diminuição da pena sob o argumento de estarem presente todos os requisitos exigidos para sua concessão, além de a quantidade de droga apreendida não ser expressiva.

Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

De acordo com o aludido art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Quanto ao tema, o Tribunal de Justiça, ao dar parcial provimento ao apelo ministerial, assim se manifestou (e-STJ fl. 29):

> *Já no que concerne ao capítulo da dosimetria da pena, de rigor a alteração para afastamento da redutora do § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, face à quantidade e diversidade de drogas apreendidas (maconha e cocaína, pesando mais de trezentos gramas) - circunstâncias judiciais desfavoráveis e incompatíveis com o privilégio, restando assim provido o pleito ministerial.*

Apesar de o montante de entorpecente apreendido não ser inexpressivo (**322,26g de maconha e 11,04g de cocaína**), verifica-se que o Tribunal local fundamentou o afastamento do pretendido redutor apenas na quantidade e na diversidade das drogas encontradas em poder do réu, sem apresentar elementos capazes de demonstrar a sua dedicação à prática da traficância, o que não se mostra em consonância com a jurisprudência desta Corte, senão vejamos:

> *HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. NEGATIVA. MOTIVAÇÃO NÃO SUFICIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO*

> *DA PENA. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM.*
>
> *1. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus.*
>
> *2. O Tribunal de origem não logrou fundamentar de maneira idônea a negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, porquanto não declinou motivação suficiente para afastar o redutor. O fato de o paciente não ter comprovado o exercício de atividade lícita não é suficiente para se firmar o juízo acerca da dedicação às práticas delitivas, tampouco de seu envolvimento com organização criminosa.* ***A simples menção à quantidade e à variedade das substâncias entorpecentes apreendidas, dissociada de qualquer outro elemento, não é suficiente para se concluir acerca da dedicação do paciente às atividades criminosas ou participação em organização criminosa, afastando, peremptoriamente, a incidência da referida benesse.*** *De rigor, pois, a aplicação da minorante em metade, em razão da quantidade e diversidade das drogas envolvidas na empreitava criminosa - 14,5g de cocaína e 172,2g de maconha -, redimensionando-se a reprimenda do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias multa.*
>
> *3. Fixada a pena-base no mínimo legal e, aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, sendo a reprimenda final do paciente 2 anos e 6 meses de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 33, § 2º, c, e 44 e incisos, ambos do Código Penal.*
>
> *4. Habeas corpus concedido a fim de reduzir a pena do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto, possibilitando, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções* (HC 429.633/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018, grifei).

Passo, assim, à readequação do cálculo da pena, mantendo os parâmetros adotados na origem.

Na primeira fase, mantenho a reprimenda em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na segunda etapa, a sanção permanece inalterada.

Na fase derradeira, reduzo a pena na fração de **1/6, o que perfaz o montante definitivo de 4 anos e 2 meses de reclusão, mais 416 dias-multa.**

Diante do novo *quantum* da reprimenda, fixada a pena-base no mínimo legal, em face da análise favorável das circunstâncias judiciais e concedida a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, ainda que na fração mínima, entendo que o paciente faz jus ao regime prisional inicialmente semiaberto.

Inviável, porém, a substituição da custódia por medidas alternativas, já que não se encontram preenchidos os requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal.

Ante o exposto, **concedo, parcialmente, a ordem de *habeas corpus* a fim de aplicar a minorante na fração de 1/6 e alterar a pena final para 4 anos e 2 meses de reclusão, e pagamento de 416 dias-multa, a ser cumprida inicialmente no regime intermediário,** ratificando a liminar.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 14 de junho de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator