

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 537.044 - SP (2019/0295865-2)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RAFAEL ALVAREZ MORENO - SP323932
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLAUDIO VIANA MENDES DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. MINORANTE. INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVOLVIMENTO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO NESSE PONTO.

Ordem concedida liminarmente apenas para fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em benefício de **Claudio Viana Mendes da Silva** contra ato coator da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo que, negou provimento à apelação defensiva, mantendo a sentença condenatória.

Tem-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime fechado e, 500 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 25/31 - Processo n. 1500252-25.2018.8.26.0542).

Tão somente a defesa recorreu, tendo o Tribunal de Justiça negado provimento ao recurso (fls. 56/63 - Apelação criminal n. 1500252-25.2018.8.26.0542).

Daí o presente *writ*, em que se alega constrangimento ilegal na fundamentação adotada pela Corte estadual para negar a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, bem como a fixação do regime mais brando e, a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Requer, assim, a concessão liminar da ordem para que seja aplicada a minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em seu patamar máximo, fixando o

Superior Tribunal de Justiça

regime mais brando, substituindo a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

No mérito, a confirmação da liminar, caso deferida.

É o relatório.

Busca-se o reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em sua fração máxima, bem como a fixação de regime menos gravoso para o início de cumprimento da pena e, a substituição da reprimenda.

Extrai-se da sentença condenatória (fl. 28):

[...] Não é pertinente a redução prevista pelo artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, por não haver qualquer indicação de que o tráfico de entorpecentes fosse eventual. Pelo contrário, **Cláudio Viana foi abordado em local conhecido como ponto de traficância e com quantidade considerável de entorpecente, totalizando 87 invólucros de entorpecentes, sendo 31 de maconha e 56 de cocaína. Tudo a indicar ter envolvimento intenso e rotineiro com o tráfico de entorpecentes, jamais se tratando de conduta eventual.**

No julgamento da apelação defensiva, tem-se do acórdão ora impugnado (fl. 61):

[...] No caso dos autos, como bem fundamentado pela Magistrada de primeiro grau, ficou demonstrado que o apelante, apesar de ser tecnicamente primário, não pode, de forma alguma, ser considerado como “traficante ocasional”, conforme toda prova colecionada aos autos, notadamente diante da quantidade e variedade de substância entorpecente com ele apreendida, assim como o montante de R\$42,00 (quarenta e dois reais) apreendidos em sua posse, totalmente incompatíveis com sua situação econômica, uma vez que se declarou desempregado em razão da “falta de oportunidade” (fls. 08), além de ter sido detido por policiais em local conhecido pela prática de tráfico, tudo a demonstrar que fazia do comércio de drogas seu meio de vida, dedicando-se à atividade criminosa.

Pelas circunstâncias em que perpetrado o delito, verifica-se que a apreensão desta quantidade de droga - **87 invólucros de entorpecentes, sendo 31 de maconha e 56 de cocaína** - em local conhecido como ponto de traficância, configuram, a meu ver, motivação suficiente para afastar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que evidenciada a dedicação a atividades criminosas.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR.

POSSIBILIDADE. INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES SOBRE A PRÁTICA DO ILÍCITO. DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. AÇÕES PENAS EM CURSO. ERESP 1.431.091/SP. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTOS IDÔNEOS A AFASTAR O BENEFÍCIO. REGIME PRISIONAL. TRIBUNAL QUE APLICOU O REGIME FECHADO EM RAZÃO DA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

V - Na espécie, houve fundamentação concreta e idônea para o afastamento do tráfico privilegiado, lastreada na quantidade de drogas apreendidas, bem como nos antecedentes criminais do paciente, elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois demonstram que o paciente se dedicava às atividades criminosas.

VI - O regime adequado à hipótese é o inicial fechado, uma vez que, não obstante o montante final da pena comportar o regime semiaberto, depreende-se do acórdão impugnado que houve fundamentação idônea a lastrear a aplicação do regime mais gravoso, em razão da grande quantidade de drogas apreendidas (103,4 gramas de cocaína). Precedentes.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 495.488/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 29/4/2019 – grifo nosso)

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. 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 PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REVISÃO DO ENTENDIMENTO. NECESSIDADE DE AMPLO REVOLVIMENTO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA CONCRETAMENTE FUNDAMENTADO. ORDEM DENEGADA.

1. O entendimento desta Corte "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, Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 17/11/2016, DJe 1º/12/2016).

2. No caso, o Paciente foi surpreendido com "quatro porções de cocaína, com peso líquido de 2 gramas, vinte e nove de maconha, com peso líquido de 41,5 gramas e vinte e oito de *crack*, com peso líquido de 6,4 gramas", o que permitiu às instâncias ordinárias concluir por sua dedicação às atividades ilícitas.

3. Para se desconstituir o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias 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*.

4. A "valoração negativa da quantidade e natureza dos entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por penas restritivas de direitos" (HC n. 451.496/SP, Ministro

Superior Tribunal de Justiça

Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em DJe 16/11/2018).

5. O fundamento que ensejou o afastamento da causa especial de diminuição de pena (dedicação a atividades criminosas) pode ser utilizado, também para fins de fixação de regime, tendo em vista que "é possível que um mesmo ente jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos, desde que em decorrência de exigência legal específica, como no caso em apreço, não ocorrendo, pois, a dupla valoração da mesma circunstância para idêntica finalidade" (HC 428.211/SP, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 27/03/2018).

6. Ordem de *habeas corpus* denegada.

(HC n. 481.189/SP, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 30/4/2019 – grifo nosso)

Nesse cenário, este Superior Tribunal firmou entendimento segundo o qual, em observância ao disposto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, havendo demonstração de que o paciente se dedica à atividade criminosa, mostra-se inaplicável a minorante em questão (AgRg no AREsp n. 1.052.340/SC, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 11/5/2017).

Ademais, alcançar conclusão inversa demandaria o exame do conjunto probatório dos autos, providência inviável na via estreita do *habeas corpus*, carente de dilação probatória.

De outra banda, no que se refere ao regime inicial de cumprimento de pena, tenho que razão socorre ao paciente.

De fato, a fundamentação adotada pelo Tribunal de Justiça para fixar o regime fechado não é idônea, porquanto lastreada na gravidade abstrata do delito, sem nenhum dado concreto que efetivamente justifique a medida mais gravosa; ainda mais, considerando que o paciente é primário e o *quantum* final da pena (5 anos), forçoso reconhecer aqui constrangimento ilegal apto à concessão da ordem.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N.º 11.343/2006. APREENSÃO DE QUANTIDADE NÃO EXACERBADA DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4.º, DO ART. 33, DA LEI N.º 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REQUISITOS PREENCHIDOS. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA MINORANTE NA FRAÇÃO DE 3/5 (TRÊS QUINTOS). FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

Superior Tribunal de Justiça

[...] 4. Situação concreta em que, embora praticado o crime de tráfico de drogas em concurso material com o de corrupção ativa, a pena final total é de 4 (quatro) anos de reclusão, sendo possível a fixação do regime aberto, diante da ausência de circunstâncias judiciais negativas e da quantidade de drogas apreendidas.

5. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para reduzir a pena do Paciente, quanto ao crime de tráfico de drogas, para 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, além do pagamento de 200 (duzentos) dias-multa no mínimo legal, devendo o juiz da execução verificar a presença dos requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

(HC n. 460.852/SP, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 12/12/2018 – grifo nosso)

Assim, repito, tratando-se de réu primário, condenado à pena privativa de liberdade de 5 anos de reclusão, com a análise favorável das circunstâncias judiciais, o paciente faz jus ao regime semiaberto, a teor do disposto no art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal.

Ante o exposto, **concedo liminarmente** a ordem apenas para fixar o regime inicial semiaberto.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 02 de outubro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator