

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 538.047 - SP (2019/0301024-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RODRIGO GRUPPI CARLOS DA COSTA - SP389339
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ULISSES KAIQUE MOURA VIEIRA (PRESO)
PACIENTE : DOUGLAS DE SOUZA SOARES
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de DOUGLAS DE SOUZA SOARES e ULISSES KAIQUE MOURA VIEIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação n.º 1501060-30.2018.8.26.0542.

Consta dos autos que os Pacientes foram presos em flagrante, em 29/11/2018, e denunciados como incurso no crime de tráfico de drogas porque, em revista pessoal,

"com o denunciado DOUGLAS foi encontrada uma pochete vermelha, na qual havia 55 (cinquenta e cinco) trouxinhas de plástico contendo maconha, 04 (quatro) porções de cocaína, além da quantia de R\$ 115,00 (cento e quinze reais). Já com ULISSES foi encontrada uma pochete de cor preta, na qual havia 28 (vinte e oito) porções de maconha, 07 (sete) invólucros de papel alumínio contendo crack, 54 (cinquenta e quatro) pinos de cocaína, além da quantia de R\$234,00 (duzentos e trinta e quatro reais)" (fl. 12).

Em primeiro grau, os Réus foram condenados como incursos no art. 33, *caput*, c.c. art. 40, inciso VI, ambos da Lei n.º 11.343/2006, à pena de 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, além do pagamento da multa de 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa, aplicada no mínimo legal, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, a ser cumprida em regime inicial fechado.

Irresignada, a Defesa do Réus interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso (fls. 30-56).

Neste *writ*, sustenta a Defensoria Pública Impetrante, em suma, que os Pacientes fazem jus à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art.

Superior Tribunal de Justiça

33, § 4.º, da Lei n.º 11.340/2006, em seu patamar máximo.

Alega, ainda, falta de fundamentação idônea para a fixação do regime prisional mais gravoso.

Requer, liminarmente e no mérito, a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, em seu patamar máximo, com a fixação do regime inicial aberto.

É o relatório inicial.

Passo a apreciar o pedido de provimento urgente.

De início, quanto à pretensão de incidência da minorante prevista no 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, não se constata ilegalidade patente que enseje a concessão da medida liminar. Com efeito, ao manter a aplicação da minorante no patamar de 1/6 (um sexto), a Corte *a quo* consignou que (fl. 78):

"[...] considerando que os apelantes foram surpreendidos na posse de '04 (quatro) porções contendo 1,6 gramas de cocaína, 55 (cinquenta e cinco) porções contendo 81 (oitenta e uma) gramas de Tetrahydrocannabidiol THC (Maconha), 28 (vinte e oito) porções contendo 51,4 gramas de Tetrahydrocannabidiol - THC (Maconha), 07 (sete) porções contendo 1,5 gramas de cocaína, na forma de 'crack', e 54 (cinquenta e quatro) porções contendo 65,4 gramas de cocaína' (fls. 79), suficiente para reprovação e prevenção da conduta a fração mínima aplicada em Primeira Instância."

Tal entendimento, em princípio, está em conformidade com a jurisprudência desta Corte, firmada no sentido de que:

"[...]"

1. O legislador não delimitou parâmetros para a redução da pena pela causa de diminuição prevista na Lei de Drogas, de forma que o quantum de diminuição fica adstrito ao prudente arbítrio do Magistrado, que deve observar o princípio do livre convencimento motivado. No caso, a fração implementada foi fixada com base em fundamentação concreta, considerando, em especial, a natureza da droga e a pena fixada.

2. A jurisprudência desta Corte Superior, no tocante à fixação da fração de redução devida pela aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, admite que, 'na falta de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do delito, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, para afastar a aplicação da minorante quando evidenciarem a habitualidade do

Superior Tribunal de Justiça

agente no comércio ilícito de entorpecentes' (HC 453.535/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 28/08/2018, sem grifos no original).

[...]

6. *Agravo regimental desprovido*"(AgRg no AREsp 1.389.733/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 24/05/2019; sem grifos no original.)

Quanto à fixação do regime inicial de cumprimento da pena, o Tribunal

estadual impôs o regime fechado, com base na seguinte fundamentação (fls. 53-54):

"Relativamente ao regime prisional impositivo à espécie, correta a adoção da modalidade inicial fechada, por duas razões principais: a uma, porque foi determinado de forma precisa e correta, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal e, a duas, porque o delito pelo qual foi o apelante condenado tráfico de drogas, equiparado a hediondo, não se sujeita a regime mais brando, pois, como público e notório, provoca o recrudesimento da violência e da intranquilidade social, além da desagregação da instituição familiar."

Ocorre, no entanto, que, considerando a pena imposta, a primariedade dos Pacientes, a inexistência de circunstâncias judiciais negativas (fl. 77), bem como a quantidade de droga apreendida, mostra-se cabível a fixação do regime inicial semiaberto, conforme o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Nesse sentido:

"[...]

3. *Cominada a pena reclusiva de 1 ano, 11 meses e 10 dias, tendo em vista a apreensão de 26,15g (vinte e seis gramas e quinze centigramas) de cocaína e 9,16g (nove gramas e dezesseis centigramas) de maconha, verifico flagrante ilegalidade na fixação do regime fechado e no indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.*

4. *Com efeito, estipulada a pena-base no mínimo legal, reconhecida a primariedade da agente e cominada a minorante do tráfico privilegiado na fração máxima, não é possível negar esses benefícios com espeque na hediondez do delito e na quantidade de estupefaciente apreendido que, no caso, é inexpressiva. Incidência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719/STF.*

5. *Agravo regimental desprovido. Habeas corpus concedido, de ofício, para fixar o regime aberto e conceder a substituição da pena.*" (AgInt no AREsp 1.142.322/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe 12/03/2018; sem grifos no original.)

Confiram-se, a propósito, os enunciados n.ºs 718 e 719 da Súmula do

Superior Tribunal de Justiça

Supremo Tribunal Federal, respectivamente:

"A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada."

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

Aplicável, portanto, à hipótese, o verbete n.º 440 da Súmula deste Tribunal, *in verbis*:

"Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito."

Ante o exposto, DEFIRO PARCIALMENTE o pedido de liminar para estabelecer, até o julgamento final deste writ, o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, devendo as regras ser estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais.

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

Solicitem-se ao Juízo de origem informações quanto ao período de prisão provisória dos Pacientes.

Após, ouça-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 07 de outubro de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora