

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 538.037 - SP (2019/0300975-3)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ARTUR REGA LAUANDOS - SP258431
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FRANCISCO DA SILVA GONÇALVES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de FRANCISCO DA SILVA GONÇALVES contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação n.º 0001671-73.2017.8.26.0548.

Consta nos autos que, em 23/01/2018, o Paciente foi condenado às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006 (fls. 12-16), pois tinha em depósito, "*para fins de entrega ao consumo de terceiros, 704 porções de maconha, com peso líquido de 653,3 gramas e 365 porções de cocaína, com peso líquido de 197,4 gramas*" (fl. 19).

Inconformada, a Defesa apelou ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa (fl. 18):

"Apelação criminal - Tráfico de substâncias entorpecentes - Sentença condenatória Pretendidas a absolvição por fragilidade probatória ou, subsidiariamente, a aplicação do redutor previsto no artigo 33, parágrafo 4.º, da Lei nº 11.343/06, no grau máximo, a fixação de regime prisional aberto e a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos Inadmissibilidade - Materialidade e autoria suficientemente demonstradas - Depoimentos de guardas municipais valiosos na elucidação dos fatos - Grande quantidade de maconha e cocaína apreendida, dividida em diversas porções individuais, prontas para entrega ao consumo - Condenação bem editada, com base em sólido e convincente acervo probatório - Penas e regime escorreitamente fixados - Incabível o reconhecimento do privilégio, porquanto as circunstâncias do fato demonstram a dedicação habitual do apelante à narcotraficância, tornando-a como meio de vida - Precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça - Gravidade concreta da conduta, decorrente da natureza, variedade e grande quantidade de drogas apreendidas que revela elevada danosidade social, incompatível com a aplicação de restritivas de direitos e a reclamar, portanto, a manutenção do regime eleito. Recurso não provido."

Superior Tribunal de Justiça

Neste writ, a Defesa aduz que o Paciente faria jus à causa de diminuição de pena no § 4.º, do art. 33, da Lei de Drogas, ao argumento de "o paciente é primário e ostenta bons antecedentes. Ademais, nada há nos autos que revele participação em atividade ou organização criminosa" (fl. 4; grifos no original).

Com a redução da pena, aduz que é "*imperativa a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos e a fixação do regime para aberto para o início do cumprimento da reprimenda substitutiva*" (fl. 9).

Requer, liminarmente, a "*expedição do competente alvará de soltura, permitindo-se que aguarde em liberdade o julgamento da ação*" (fl. 10). No mérito, que "*seja concedida a ordem para readequar as penas impostas, substituindo a pena carcerária por restritivas de direitos e aplicando-se o regime aberto em caso de descumprimento*" (ibidem).

É o relatório inicial.

Passo a decidir o pedido urgente.

Ao manter a sentença condenatória, que deixou de aplicar a minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, o acórdão impugnado ressaltou o seguinte (fls. 26-27):

"Importante frisar que a causa especial de diminuição da pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas afigura-se inaplicável, na espécie, porque o acusado não comprovou o exercício de ocupação lícita, foi flagrado guardando e tendo em depósito grande quantidade de entorpecentes e, ainda, respondeu anteriormente a processo-crime em razão da prática do mesmo delito (certidão de fl. 170), algo admitido por ele mesmo, durante o interrogatório judicial, o que denota sua dedicação habitual à atividade criminosa da narcotraficância, não sendo mero principiante na criminalidade."

São condições para que o Condenado faça jus à diminuição da pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

Em juízo de cognição sumária, não é possível afastar a conclusão da Corte de origem quanto à dedicação do ora Paciente à atividade criminosa. Tal providência demanda aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, o que, como é sabido, salvo patente ilegalidade *primo ictu oculi*, afigura-se inviável na via estreita do

Superior Tribunal de Justiça

writ.

No mesmo sentido:

"HABEAS CORPUS. POSSE DE MUNIÇÃO. ARTS. 12 E 16 DA LEI N. 10.826/2003. APREENSÃO DE APENAS DUAS MUNIÇÕES (SEM AS RESPECTIVAS ARMAS DE FOGO). MÍNIMA OFENSIVIDADE DA CONDUTA. ATIPICIDADE MATERIAL. FLEXIBILIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ABSOLVIÇÃO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS. CONCLUSÃO INVERSA. REEXAME DE PROVAS.

[...]

4. Quanto ao tráfico ilícito de entorpecentes, reconhecida a impossibilidade de incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão das evidências concretas de que o paciente se dedicava à atividade criminosa, adotar conclusão diversa demandaria a incursão em aspectos fático-probatórios, providência que é incabível nesta via estreita.

5. Ordem parcialmente concedida para, cassando-se o acórdão condenatório, absolver o paciente da prática dos delitos tipificados nos arts. 12 e 16 da Lei n. 10.826/2003, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal." (HC 325.085/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 12/04/2018).

No mais, o Tribunal de origem manteve a imposição do regime inicial fechado ao Paciente sob os seguintes argumentos (fl. 28):

"No tocante ao regime prisional, há de se ressaltar que o apelante viu-se condenado pela prática de crime sabidamente classificado, no sistema jurídico pátrio, como assemelhado aos hediondos, consoante o preceito do artigo 2º, caput, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, merecendo tratamento mais rigoroso e severo, recomendado a partir da Constituição Federal (art. 5º, XLIII) e regrado pelo artigo 2º, parágrafo 1º, da antedita Lei nº 8.072."

Todavia, como se sabe, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena nesses crimes, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal, e as Súmulas n.ºs 440/STJ e 718 e 719/STF.

Nesse sentido:

Superior Tribunal de Justiça

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. RACIONALIZAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO HEROICO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. INDEFERIDA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FUNDAMENTO NA HEDIONDEZ DO DELITO E NA GRAVIDADE ABSTRATA DA CONDUTA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PRIMARIEDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO.

[...]

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES em 27/6/2012, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe conferiu a Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados.

3. Em 1º/9/2010, quando do julgamento do HC n. 97.256/RS, a Corte Suprema declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade das expressões 'vedada a conversão em penas restritivas de direito' e 'vedada a conversão de suas penas em restritivas de direito', constantes, respectivamente, do §4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.

4. Caso em que o regime fechado foi aplicado à pena reclusiva imposta à paciente, mais severo do que a reprimenda comporta, sem fundamentação idônea, apenas com fulcro na hediondez do delito e na gravidade abstrata da conduta. Afronta ao art. 93, IX, da Constituição da República, e ao Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte Superior de Justiça, segundo o qual: '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'. Nos mesmos termos, estão os Enunciados n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, também afrontados pelas instâncias ordinárias.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para alterar o regime de cumprimento de pena para o aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais." (HC 360.539/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016, sem grifos no original.)

Assim, na hipótese, considerando o *quantum* de pena estabelecido, o fato de o Acusado ser tecnicamente primário e a ausência de circunstâncias judiciais

Superior Tribunal de Justiça

desfavoráveis, mostra-se cabível, nos termos do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal, a fixação do regime inicial semiaberto.

Ante o exposto, DEFIRO PARCIALMENTE o pedido liminar para assegurar ao Paciente o cumprimento da pena no regime inicial semiaberto até o julgamento definitivo deste *writ*, se por outro motivo não estiver preso em regime mais gravoso.

Oficie-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado São Paulo e ao Juízo de primeira instância, comunicando-lhes o inteiro teor da presente decisão para adoção das providências cabíveis.

Requisitem-se informações pormenorizadas ao Juízo de primeiro grau e ao Tribunal *a quo*, bem como a senha de acesso ao andamento processual na página eletrônica.

Após, remetam-se os autos ao Ministério Público Federal para manifestação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 08 de outubro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora