

HABEAS CORPUS Nº 548.069 - SP (2019/0354098-8)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CASSIANO FERNANDES PINTO DE CARVALHO - SP330412
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABIANO RODRIGUES DE SOUZA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de FABIANO RODRIGUES DE SOUZA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação n.º 0016766-51.2017.8.26.0320.

O Paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 400 (quatrocentos) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porque mantinha em depósito, "[...] *para comercialização com terceiros, aproximadamente 39,87g (trinta e nove gramas e oitenta e sete decigramas) da droga 'cocaína', acondicionadas em 97 (noventa e sete) flaconetes, e aproximadamente 460,75g (quatrocentos e sessenta gramas e setenta e cinco decigramas) da droga 'maconha'*" (fl. 17).

O Ministério Público e a Defesa recorreram.

O Tribunal *a quo* negou provimento à apelação defensiva e proveu o recurso do *Parquet* para fixar a pena imposta ao Paciente, fixando-a em 5 (cinco) anos de reclusão, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa (fls. 26-40).

Neste *writ*, a Defesa postula, inicialmente, o restabelecimento da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, e em seu patamar máximo.

Aduz, nesse ponto, que o Paciente ostenta condições pessoais favoráveis e que não existem provas de que ele "[...] *se dedique a atividades ilícitas e nem de que integre organizações criminosas. Por fim, a quantidade de droga apreendida foi ínfima (cerca de 39,87 gramas de 'cocaína' e 460,75 gramas de 'maconha')*" (fl. 7).

Postula, ainda, a fixação do regime inicial aberto para a fixação da pena, invocando a Súmula n.º 440 do STJ e as Súmulas n.ºs 718 e 719 do STF. Alternativamente,

pugna pela fixação do regime inicial semiaberto, considerando a primariedade do Paciente e o *quantum* de pena fixado (fl. 10).

Por fim, pleiteia a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Requer, em liminar e no mérito, a concessão da ordem para que seja deferida ao Paciente a minorante referente ao tráfico privilegiado, a fixação do regime inicial aberto (ou o regime semiaberto) e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

É o relatório inicial.

Decido o pedido urgente.

De início, quanto ao pleito de incidência da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, o Tribunal *a quo* entendeu que o Paciente se dedicava à atividade criminosa, destacando, entre outros fundamentos, a quantidade e a nocividade das drogas apreendidas, além das circunstâncias que envolveram a prática delitiva. Tais razões impedem, ao menos no presente juízo perfunctório, o pretendido reconhecimento da mencionada causa de redução de pena, encontrando-se, *prima facie*, em consonância com a orientação desta Corte.

De outra parte, ao manter a fixação do regime inicialmente fechado para cumprimento da reprimenda, a Corte *a quo* pontuou (fl. 39):

"[...]

Pouco importa se a magistrada fixou a pena básica no piso, mormente porque a quantidade e a nocividade da substância entorpecente, como se destacou, não podem ser desprezadas para se analisar tratamento carcerário (artigos 33, § 3º, do Código Penal, combinado com o artigo 42 da Lei nº. 11.343/06), independentemente do montante da basilar (STJ, HC 367603/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, julgado 18-10-2016)."

Para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. No crime de tráfico ilícito de drogas, também deverá ser considerado o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, que preceitua que "[o] juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a

quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

Logo, a quantidade e a natureza da droga, circunstâncias judiciais desfavoráveis, embora não tenham sido utilizadas para aumentar a pena-base (fixada no mínimo legal), podem justificar o regime prisional mais gravoso.

E, ainda, segundo jurisprudência desta Corte Superior, verificando-se especial gravidade no delito, inexistente violação das Súmulas n.ºs 440 do Superior Tribunal de Justiça e 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, conforme já decidido por esta Corte, *in verbis*:

Nesse sentido:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO E AFASTAMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA COM ESTEIO EM FUNDAMENTO CONCRETO. QUANTIDADE DE DROGA.

1. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta o estabelecido no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. No caso, em que pese à fixação da pena básica no mínimo legal e ao quantum definitivo inferior a 4 anos, o Tribunal a quo fez expressa referência à gravidade concreta dos fatos imputados ao ora agravante, ante a razoável quantidade de droga apreendida - 490,2g (quatrocentos e noventa gramas e dois decigramas) de maconha -, circunstância utilizada, inclusive, para modular o redutor do tráfico privilegiado e que autoriza a conclusão de que a conduta reveste-se de maior grau de reprovabilidade, a justificar a fixação de regime prisional imediatamente mais gravoso do que aquele que a quantidade de pena atrairia e também o afastamento da substituição da reprimenda. Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1.674.992/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/04/2018, DJe 09/04/2018; sem grifos no original.)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO

DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. APREENSÃO DE DROGA DE ALTA NOCIVIDADE. PACIENTE QUE OSTENTA OUTROS PROCESSOS PELA PRÁTICA DE IDÊNTICO DELITO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, 'B', E § 3º, DO CÓDIGO PENAL C/C O ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

5. *Sedimentou-se, nesta Corte Superior, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º do Código Penal em conjunto com o art. 42, da Lei n. 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga. No caso dos autos, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, reconhecida primariedade técnica do paciente e o quantum de pena (5 anos) permita, em tese, a fixação de regime mais brando, a quantidade e natureza das drogas apreendidas - 9 porções de maconha, 15 porções de cocaína e 28 pedras de crack -, justificam o regime prisional mais gravoso, no caso o fechado, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/06.*

Habeas corpus não conhecido." (HC 403.508/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 04/09/2017; sem grifos no original.)

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar.

Encontrando-se os autos devidamente instruídos, dispensei as informações da Autoridade Impetrada.

Remetam-se os autos ao Ministério Público Federal para manifestação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora