

HABEAS CORPUS Nº 539.536 - SP (2019/0308314-5)

RELATOR : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
EDUARDO FONTES DA SILVA - MG145118
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFFERSON XAVIER DA SILVA
PACIENTE : RICHARD NEVES
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de **JEFFERSON XAVIER DA SILVA** e **RICHARD NEVES** contra acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que os pacientes foram condenados às penas de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime semiaberto, e 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa, como incursos nas sanções do artigo 33, **caput**, c.c artigo 40, inciso VI, ambos da Lei nº 11.343/06.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação ao Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao apelo, apenas para reduzir a pena-base estabelecida aos réus, sem reflexo na dosimetria das penas, nos termos do acórdão juntado às fls. 244-249, com a seguinte ementa:

"Apelação Criminal - TRÁFICO DE DROGAS. Conjunto probatório suficiente para a manutenção da decisão condenatória. Reprimenda. Pequena alteração, sem reflexo na pena final. Aplicação do redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei Antidrogas em seu grau máximo. Impossibilidade. Circunstância diferenciada do delito. Regime semiaberto. Manutenção. Dado parcial provimento ao apelo."

No presente **writ**, o impetrante sustenta que não houve justificação adequada a ensejar a não aplicação da fração máxima da redutora capitulada no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, bem como afronta aos enunciados das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 desta Corte

Superior, ao argumento de que o regime inicial de cumprimento de pena foi fixado com base na gravidade abstrata do crime praticado.

Requer, ao final, a concessão da ordem, para que incida o patamar máximo do privilégio descrito no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, bem como a readequação do regime prisional, e a substituição da pena privativa de liberdade, por restritivas de direitos (fls.3-12).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 266-268).

As informações foram prestadas às fls. 276-292.

O Ministério Público Federal, às fls. 294-296, manifestou-se nos termos da seguinte ementa:

"PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. DESCABIMENTO. NARCOTRÁFICO (50 PINOS COM 25G DE COCAÍNA, 10 TROUXINHAS COM 24G DE MACONHA E 30 PEDRAS COM 36G DE CRACK). CONDENAÇÃO A 2 ANOS E 11 MESES DE RECLUSÃO RATIFICADA EM SEGUNDO GRAU. PENA-BASE MÍNIMA (5 ANOS). REDUTOR DO ARTIGO 33, §4º À RAZÃO DE 1/2 ANTE MODUS OPERANDI DA EMPREITADA CRIMINOSA. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO CORRETAMENTE FIXADO. PARECER POR NÃO CONHECIMENTO DO WRIT."

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Destarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

O impetrante sustenta que não houve justificação adequada a ensejar a não aplicação do patamar máximo da redutora capitulada no parágrafo 4º, do art.

33 da Lei n. 11.343/06, sob a premissa de que os pacientes são primários, de bons antecedentes, bem como não há provas de que se dediquem às atividades criminosas e nem que integrem organizações criminosas.

Acerca do **punctum saliens**, o Tribunal **a quo**, quando do julgamento do recurso de apelação, assim se pronunciou, **in verbis**:

"Na terceira fase da individualização, a pena foi acrescida em um sexto pelo envolvimento de menor na traficância e reduzida em metade por aplicação do parágrafo 4º, do art. 33, da Lei Antidrogas. A fração máxima pretendida não é adequada, observada neste momento da dosimetria a natureza dos entorpecentes apreendidos - em especial a cocaína, droga de efeitos deletérios diferenciados e a forma de acondicionamento das drogas, em diversas porções individuais, destinadas a atingir um número significativo de usuários, disseminando expressivamente o vício na sociedade, nos termos do artigo 42, da Lei Antidrogas."

O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

No ponto, **na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06**, a natureza e a quantidade de droga apreendida, **assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.**

Na espécie, ao contrário do que aduz a defesa, **houve fundamentação concreta e idônea para o patamar estabelecido referente ao tráfico privilegiado**, em razão da *"natureza dos entorpecentes apreendidos - em especial a cocaína, droga de efeitos deletérios diferenciados e a forma de acondicionamento das drogas, em diversas porções individuais, destinadas a atingir um número significativo de usuários"*, em consonância com o atual entendimento do col. Pretório Excelso, bem como desta eg. Corte Superior de Justiça.

Qualquer incursão que escape a moldura fática ora apresentada, demandaria inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes deste átrio processual, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária.

Sobre o tema:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). QUANTUM DE REDUÇÃO. FRAÇÃO DE 1/3. POSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. REGIME PRISIONAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PENA INFERIOR A 4 ANOS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL - CP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. A aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa. In casu, o entendimento consignado pelo Tribunal a quo está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, firmada no sentido de que, na escolha do quantum de redução da pena em razão da incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, o Juiz deve levar em consideração a quantidade e a natureza da substância apreendida - 200 eppendorfs de cocaína (45,4g) -, por expressa previsão legal (art. 42 da Lei n. 11.343/06).

3. A quantidade e/ou natureza da droga apreendida é fundamentação idônea para justificar a fixação do regime prisional mais gravoso. No caso, apesar da quantidade de drogas apreendidas e da sua natureza, a pena fixada foi inferior a 4 anos, o paciente é primário e a pena-base foi aplicada no mínimo legal. Dessa forma, encontra-se evidenciado o constrangimento ilegal na fixação do regime, pois houve um excesso, haja vista que, o regime mais gravoso a ser fixado é o semiaberto, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal - CP, e em consonância com a jurisprudência desta Turma. Precedentes.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida,

de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto." (HC 451.828/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Joel Ilan Paciornik**, DJe 19/12/2018).

"De início, ressalto que são os seguintes os requisitos para concessão da causa de diminuição de pena, segundo os termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006: (i) ser o agente primário; (ii) possuidor de bons antecedentes; (iii) não se dedicar a atividades criminosas; e (iv) não integrar organização criminosa.

Tudo indica que a intenção do legislador, ao inserir a redação contida no § 4º do artigo 33, foi distinguir o traficante contumaz e profissional daquele iniciante na vida criminosa, bem como do que se aventura na vida da traficância por motivos que, por vezes, confundem-se com a sua própria sobrevivência e/ou de sua família. Daí, acredito essencial, para legitimar o afastamento do redutor, fundamentação corroborada em elementos capazes de afastar um dos requisitos legais, sob pena de desrespeito ao princípio da individualização da pena e de fundamentação das decisões judiciais.

Todavia, ressalto que primariedade, bons antecedentes, não integração em organização criminosa ou dedicação às atividades criminosas são condicionantes da incidência da causa de diminuição de pena, não elementos determinantes de sua modulação.(HC 145888, Relator(a): Min. **Gilmar Mendes**, Dje de 18/08/2017).

*"No presente caso, a escolha da fração de redução em 1/6 foi devidamente motivada com arrimo nas circunstâncias da causa, em especial o fato de o paciente auxiliar organização criminosa dedicada ao tráfico transnacional de entorpecentes, mediante o transporte de 38.232g de massa líquida de cocaína. Assim, ao declinar quadro relativamente desfavorável ao acusado e aplicar patamar de diminuição acima do mínimo legal, atendeu adequadamente aos requisitos de legalidade, na linha de compreensão do Supremo Tribunal Federal" (HC 143221, Relator(a): Min. **Alexandre de Moraes**, Dje de 22/08/2017).*

"(...) 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite, para a aferição do percentual de redução da pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que a natureza e a quantidade da droga apreendida sejam valoradas negativamente na terceira fase da dosimetria da pena, desde que não sejam consideradas cumulativamente na primeira fase.

Precedentes. 3. A instância ordinária, para reduzir apenas de metade a pena imposta ao paciente, por força do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, valorou negativamente a natureza e a quantidade da droga apreendida (50g de cocaína), bem como a circunstância de terem sido apreendidos em seu poder 'materiais utilizados na fabricação dos entorpecentes', motivação suficiente para obstar a redução no máximo legal. 4. O habeas corpus não constitui meio idôneo para se revolver o contexto fático-probatório ou glosar os elementos de prova que tenham amparado a conclusão da instância ordinária. Precedentes. 5. Habeas corpus do qual se conhece em parte e, nessa extensão, denegado.” (HC 125991, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe de 28/4/2015).

No que tange ao **regime inicial de cumprimento de pena**, cumpre registrar que o Plenário do col. **Supremo Tribunal Federal** declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo.

Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal. Esse também é entendimento perfilhado por esta Corte, **in verbis**:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS, PORTE ILEGAL DE ARMA E RECEPÇÃO. PENAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. DESCABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SANÇÃO MAIOR QUE QUATRO ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. RÉU PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. ADEQUAÇÃO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

7. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 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 de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art.

59, ambos do Código Penal.

8. Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, em se tratando de réu primário e com bons antecedentes, não existe razão para negar o regime inicial semiaberto.

9. Ordem de habeas corpus não conhecida. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente". (HC n. 239.999/MS, **Quinta Turma**, Rel^a. Min^a. **Laurita Vaz**, DJe de 21/8/2014, grifei).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. QUANTIDADE DE DROGAS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]

3. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

4. In casu, a imposição do regime inicial fechado baseou-se, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Ademais, sequer foi analisada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quanto aos pacientes DEIVID e SIDNEY.

[...].(HC n. 271.147/SP, **Sexta Turma**, Rel^a. Min^a. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 26/9/2014, grifei).

Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

Na **hipótese**, o regime semiaberto foi mantido com base em considerações vagas e genéricas relativas à gravidade abstrata do crime, em clara violação aos enunciados das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 desta Corte Superior, configurando-se, assim, o constrangimento ilegal.

Nesse compasso, considerando a primariedade dos pacientes e o **quantum** de penas estabelecido, forçoso concluir que fazem **jus** ao regime **aberto** para início de cumprimento das penas, **ex vi** do art. 33, parágrafo 2º, alínea c, e § 3º, do Estatuto Penal.

Ante o exposto, não conheço do **writ**. Contudo, **concedo a ordem de ofício**, para **fixar o regime aberto** para o início de cumprimento das penas, mantidos os demais termos da condenação.

P. e I.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator