

HABEAS CORPUS Nº 536.635 - SP (2019/0294266-8)

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
JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA - SP275887
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEONARDO BRITO DE OLIVEIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus**, impetrado em favor de **LEONARDO BRITO DE OLIVEIRA** contra acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do artigo 28, da Lei nº 11.343/2006, à pena de advertência acerca dos efeitos nocivos das drogas.

Irresignada, a acusação interpôs recurso de apelação ao Tribunal de origem, que deu provimento ao apelo, para condenar o paciente às penas de **03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão, em regime fechado, e 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa**, como incurso nas sanções do artigo 33, caput, c.c. parágrafo 4º da Lei nº 11.343/06, nos termos da seguinte ementa:

"Porte de entorpecentes para uso pessoal - Recurso do Ministério Público - Desclassificação para tráfico. Acolhido - Prova do cometimento do delito e da finalidade de entrega a terceiros, advinda da forma de embalagem e da quantidade de droga - Aplicação do redutor previsto no art. 33, §4º, Lei 11.343/06. Recurso parcialmente provido."

No presente **writ**, o impetrante sustenta constrangimento ilegal na dosimetria da pena, sob a alegação de que não houve fundamentação idônea a justificar a não aplicação da fração máxima da redutora capitulada no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, vez que o paciente é primário, de bons antecedentes, bem como não há provas de que se dedique às atividades criminosas

e nem que integre organizações criminosas.

Igualmente, alega que houve 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 hediondez do crime.

Requer, ao final, a concessão da ordem, para que incida o 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 direito (fls. 3-23).

As informações foram prestadas às fls. 50-65.

O Ministério Público Federal, às fls. 67-69, manifestou-se nos termos da seguinte ementa:

"HABEAS CORPUS. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. FRAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. REGIME PRISIONAL. - A quantidade de droga (28 porções de crack e maus antecedentes não são fundamentos idôneos para afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no grau máximo, pois a pena-base foi fixada no mínimo legal e inexistem elementos que permitam concluir que o paciente dedicava-se às atividades criminosas. - A referência genérica à gravidade do crime tráfico de drogas não constitui motivação apta para justificar a imposição de regime prisional mais severo. - Cumpridos os requisitos do art. 44 do CP, é direito subjetivo do apenado a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Pelo não conhecimento, mas pela concessão da ordem, de ofício, para que seja aplicada a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no seu grau máximo, fixado o regime prisional de acordo com o quantum e, acaso cumpridos os requisitos do art. 44 do CP, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos."

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 fundamentação idônea a justificar a não aplicação da fração máxima da redutora capitulada no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, vez que o paciente é primário, de bons antecedentes, bem como não há provas de que se dedique às atividades criminosas e nem que integre organizações criminosas.

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.

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.

Quanto ao **punctum saliens**, o Tribunal de origem, quando do julgamento do recurso de apelação, assim se pronunciou, **in verbis**:

"Revela-se ainda cabível a aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006, pois trata-se de agente tecnicamente primário, e lodo o conjunto probatório colhido nos autos indica que o mesmo não faz parte de organização criminosa, no entanto, a quantidade e natureza dos entorpecentes com ele encontrado, bem como as certidões de fls. 66/67 e 71, as quais indicam que o mesmo se dedica á atividades criminosas, não autorizam a redução em sua fração máxima, assim, diminui-se a pena na fração de 1/4, resultando a mesma em três anos e nove meses de reclusão e

trezentos e setenta e cinco dias-multa.

Pena esta que se torna definitiva ante a ausência de demais circunstâncias modificadoras."

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 quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos, bem como pelas certidões criminais, as quais indicam sua dedicação à atividade ilícita, 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 fechado foi estabelecido 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 do paciente e o **quantum** de pena estabelecido, forçoso concluir que faz **jus** ao regime **aberto** para início de cumprimento de pena, **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 da pena, 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