HABEAS CORPUS Nº 534.444 - SP (2019/0281220-5)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	SANTIAGO PASQUETTE PERES
ADVOGADO	:	SANTIAGO PASQUETTE PERES - SP408136
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	MARCO ANTONIO FALARARO JUNIOR (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

> *HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. NÃO INCIDÊNCIA. PRIMARIEDADE E PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 (QUATRO) E INFERIOR A 8 (OITO) ANOS. IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. REGIME SEMIABERTO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO PREVISTO NO ART. 44, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MARCO ANTONIO FALARARO JUNIOR contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação n.º 0012213-41.2015.8.26.0510.

Ao que se tem dos autos, o Paciente foi condenado à pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e mais 1.200 (mil e duzentos) dias-multa, pela prática dos delitos descritos nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei de Drogas, por trazer consigo **46 porções de cocaína (38,85 gramas)**.

Irresignadas, as partes interpuseram recursos de apelação. O Tribunal de origem, em 02/08/2017, deu parcial provimento ao apelo defensivo, para absolver os Acusados quanto ao crime tipificado no art. 35, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, e deu provimento integral ao recurso ministerial, a fim de estabelecer o regime inicial fechado para o Paciente. Eis a ementa do julgado (fl. 150):

> "*TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO AO MESMO CRIME. RECURSOS BILATERAIS. Defensivos: Lei nº 11.343/06, art. 35,* caput *(MARCO e LUAN). Reversão do julgado, em*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: ABF9617E-44B9-4C96-B9DB-098929E3E1D0

> *razão da fragilidade das provas. Inexistência de elementos a comprovar o respectivo vínculo. Improcedência da pretensão punitiva reconhecida. Lei nº 11.343/06, art. 33, caput (MARCO). Absolvição. Impossibilidade. Autoria e materialidade bem delineadas. Inaplicabilidade do redutor do art. 33, § 4º. Penas preservadas. Ministerial (MARCO): modificação do regime ao fechado.*
>
> *Provimento integral ao recurso de LUAN e ao apelo Ministerial e parcial ao de MARCO*."

Interposto recurso especial, foi inadmitido pelo Presidente da Seção de Direito Criminal (fls. 181-182).

No presente *writ*, o Impetrante alega a existência de manifesto constrangimento ilegal na dosimetria, em razão do não reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, embora o Paciente seja "*primário, de bons antecedentes e não tendo sido comprovado que ele se dedicasse a atividades criminosas*" (fl. 5).

Afirma também que "[a] *quantidade da droga não impede a aplicação norma legal, uma vez que não é exigência para sua incidência, devendo ser levada em consideração, em conjunto com outras circunstâncias, para a dosimetria da diminuição*" (fl. 6).

Sustenta que, aplicado o redutor, fixando a pena abaixo de 4 (quatro) anos, o regime prisional deve ser o aberto, bem como deve haver a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Defende, ainda, a aplicação da Súmula 440/STJ.

Requer, por isso, a concessão da ordem para que seja aplicado o redutor previsto no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, em seu patamar máximo, fixado o regime aberto e substituída a reprimenda por penas restritivas de direitos. Subsidiariamente, pede o regime semiaberto para cumprimento de pena (fl. 21).

O pedido liminar foi parcialmente deferido para fixar o regime semiaberto (fls. 189-192).

O Ministério Público Federal, por meio de parecer de fls. 201-209, manifestou-se pela denegação da ordem, cassando-se a liminar anteriormente deferida.

É o relatório.

Decido.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: ABF9617E-44B9-4C96-B9DB-098929E3E1D0

O Juízo sentenciante negou a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, mediante as seguintes razões (fl. 92; sem grifos no original):

> "[...]
> *Já o réu Marco Antonio Falararo Júnior,* ***muito embora responda a outras ações penais****, não conta com condenações definitivas, de modo que merece penas base fixadas no mínimo legal, 05 anos de reclusão, e pagamento de 500 dias multa, diária no mínimo legal, para o crime do artigo 33,* caput*, da Lei n. 11.343/06, e 03 anos de reclusão, e pagamento de 700 dias multa, diária no mínimo legal, para o crime de associação para o tráfico (artigo 35 da Lei n. 11.343/06).*
> *Não há agravantes ou atenuantes a serem consideradas.*
> ***O reiterado envolvimento de Marco Antonio com a prática do tráfico, bem como a prática do crime previsto no artigo 35 da Lei de Drogas, impedem a incidência da causa de diminuição da pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06****.*
> *Considerando a regra do concurso material, o total da pena atinge 08 anos de reclusão, e pagamento de 1.200 dias multa, diária no mínimo legal."*

Como se percebe, o benefício foi negado ao Paciente não apenas em virtude de sua condenação pela prática do delito de associação para o tráfico ilícito de drogas, mas também pelo seu reiterado envolvimento no crime de tráfico, respondendo a outras ações penais.

Assim, embora o Réu tenha sido posteriormente absolvido pela Corte de origem quanto ao delito capitulado no art. 35 da Lei de Drogas, ainda persiste o motivo referente ao seu envolvimento na prática delitiva. Tal fundamento encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual "[***a***] ***vivência delitiva do agente serve para afastar a incidência da minorante do tráfico eventual, prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, ainda que indicada por meio de feitos em andamento***" (AgRg no HC 417.450/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018; sem grifos no original).

No **tocante ao regime inicial** de cumprimento de pena, pondero, preliminarmente, que o Tribunal Pleno da Corte Suprema, em 27/06/2012, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, declarou incidentalmente, por maioria, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/1990 (redação dada pela Lei n.º 11.464/2007) e afastou a obrigatoriedade apriorística de se fixar o regime

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: ABF9617E-44B9-4C96-B9DB-098929E3E1D0

inicial fechado para os condenados por tráfico.

O Tribunal estadual fixou o regime fechado, com base na seguinte fundamentação (fls. 157-158):

> "[...]
> *Quanto ao regime, impõe-se o fechado, como pleiteado pelo Parquet, decorrente da gravidade concreta da conduta - inexistindo ofensa às Súmulas nº 718 e nº 719 do STF e nº 440 do STJ -, impulsionadora de uma verdadeira cadeia delitiva, arruinando a sociedade de forma funesta, mercê da natureza destruidora da substância apreendida (cocaína), cujo poder viciante assola seus dependentes que, para garantir o consumo, na maioria das vezes, praticam crimes patrimoniais. Ademais, não se ignora que o STF reconheceu e declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 1º, no julgamento do HC nº 111.840/ES, que instituiu obrigatoriedade do início da pena em regime fechado.*
> *Entretanto, a R. Decisão, despida de efeito erga omnes, não retirou, da natureza de delito, a equiparação a hediondo, inexistindo qualquer afronta aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.*"

No caso, verifico que o Tribunal *a quo* modificou o regime prisional para fechado sob o fundamento genérico da gravidade abstrata da conduta, deixando de indicar concretamente circunstâncias que extrapolassem a normalidade do tipo penal em apreço, aptas a infligir regime prisional mais gravoso.

Ressalte-se que a questão acerca do regime prisional ora discutida tem sido apreciada repetidas vezes pelo Superior Tribunal de Justiça, o que culminou na edição da Súmula n.º 440, segundo a 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*".

No mesmo sentido, têm sido os reiterados julgados do Supremo Tribunal Federal, cuja jurisprudência está espelhada nos Verbetes Sumulares n.ºs 718 e 719, respectivamente, *in verbis*:

> "*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.*"

Assim, no caso, considerando que a reprimenda resultou no montante de 5

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: ABF9617E-44B9-4C96-B9DB-098929E3E1D0

(cinco) anos de reclusão, que a pena-base foi fixada no mínimo legal (fl. 92), que o Paciente é primário e, considerando a pequena quantidade de droga apreendida **(38,85g de cocaína)**, em atenção ao disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal, entendo cabível a fixação liminar do regime inicial semiaberto, conforme estabelecido na sentença.

Nesse sentido, cito o seguinte precedente:

> "*PENAL E PROCESSUAL PENAL.* HABEAS CORPUS. *ROUBO MAJORADO PELO USO DE ARMA DE FOGO, CONCURSO DE PESSOAS. E RESTRIÇÃO À LIBERDADE DA VÍTIMA. REGIME INICIAL FECHADO. CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONCEDIDO O MODO SEMIABERTO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*
>
> ***1. O Tribunal de origem não logrou êxito em demonstrar a necessidade de manutenção do regime inicial fechado. Dessa forma, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 8 anos, cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, faz jus o paciente ao regime semiaberto, em coerência com a orientação firmada nas Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF e, conforme dispõe o art. 33, § 2º, alínea 'b' e § 3º, do Código Penal.***
>
> *2. Agravo regimental improvido.*" (AgRg no HC 413.416/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 24/11/2017, sem grifos no original.)

No que se refere ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, a manutenção da pena aplicada (5 anos de reclusão) impede a concessão do instituto, em razão do não preenchimento do requisito objetivo, nos termos do art. 44, inciso I, do Código Penal.

Ante o exposto, CONCEDO EM PARTE a ordem de *habeas corpus* para confirmar a decisão liminar e, por conseguinte, assegurar ao Paciente o cumprimento da pena no regime inicial semiaberto, se por outro motivo não estiver preso em regime mais gravoso.

Publique-se. Intimem-se.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: ABF9617E-44B9-4C96-B9DB-098929E3E1D0

Brasília (DF), 03 de dezembro de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: ABF9617E-44B9-4C96-B9DB-098929E3E1D0