HABEAS CORPUS Nº 549.707 - SP (2019/0362384-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO OCTÁVIO GINEZ DE ALMEIDA BUENO - SP202281
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ELIAS DE MELO JULIAO (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA. DOSIMETRIA DA PENA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AFASTAMENTO COM BASE NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS (APREENSÃO DE 41,58 G DE COCAÍNA E 118,50 G DE MACONHA, EM BAIRRO CONHECIDO PELO TRÁFICO DE DROGAS, DINHEIRO E RÁDIO COMUNICADOR). CONVICÇÃO DE QUE O ACUSADO SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONCLUSÃO INVERSA. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. REGIME INICIAL FIXADO SEM FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO.
Ordem parcialmente concedida nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de **Elias de Melo Juliao**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou provimento ao recurso ali interposto, mantendo a sentença exarada pelo Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal da comarca de Sorocaba/SP, em razão da prática do crime de tráfico de drogas, à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 500 dias-multa (Autos n. 1501185-20.2018.8.26.0567).

Alega a impetrante constrangimento ilegal consistente: a) no redimensionamento da pena imposta, uma vez que entende ser aplicável à espécie a fração integral da minorante do tráfico privilegiado; e b) na fundamentação inidônea em relação à fixação do regime inicial fechado.

Postula, então, a concessão da ordem nos termos propostos.

É o relatório.

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: 934C2C10-9053-46E1-A5F9-2FA866407839

Busca a impetração o reconhecimento da causa de diminuição referente ao tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), bem como a fixação de regime inicial diverso do fechado.

O Magistrado singular, ao prolatar a sentença, destacou que (fls. 213/214 – grifo nosso):

> [...]
> As quantidades de drogas que Bruno e Elias traziam e expunham à venda **em bairro conhecido por ponto de drogas**, evidenciaram a destinação para consumo de terceiros: 140 porções de cocaína, 17 porções de maconha e 02 porções desta a granel. Assim, para tipificação do delito no artigo 33 da Lei 11.343/06, não se exige a efetiva mercancia, bastando que o agente tenha consigo ou guarde as substâncias entorpecentes para tal finalidade. Assim, não possível a desclassificação para o artigo 28, da Lei 11.343/06 pretendia pelas defesas.
> Comprovada a materialidade e induvidosas as autorias, certo o decreto condenatório.
> Passo a dosar as penas.
> Atento à diretriz do artigo 59, do Código Penal, observo que os réus são primários (fls. 106/107 e 108), sendo Elias menor de vinte e um anos, de modo que estabeleço as penas-base no mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, de menor valor. Na segunda fase, deixo de aplicar a atenuante da menoridade relativa a Elias, em razão da Súmula 231 do STJ. Ausentes causas de aumento e de diminuição de pena, torno as penas definitivas.
> Em razão da expressiva quantidade de drogas elencadas acima, fica vedada a substituição prevista no 4º do artigo 33, da Lei 11.343/06.
> Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, dada a insuficiência da medida para a prevenção e repressão do crime de tráfico de drogas, equiparado ao hediondo.
> **Os réus iniciarão o cumprimento das penas no regime inicial fechado, único compatível com a gravidade do crime, circunstância essa que exige o tratamento mais rigoroso pelo legislador.** Denego-lhes o direito de recorrerem em liberdade.
> [...]

Da análise do excerto acima, verifica-se que a impossibilidade de incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, encontra-se fundamentada em evidências concretas de que o paciente se dedicava a atividades criminosas (fl. 211 – **com a apreensão de 41,58 g de cocaína e 118,50 g de maconha, dinheiro e rádio comunicador**), de modo que adotar conclusão diversa demandaria a incursão em aspectos fático-probatórios, providência que é incabível nesta via estreita.

Nesse sentido: AgRg no HC n. 303.261/MS, de minha relatoria, Sexta

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: 934C2C10-9053-46E1-A5F9-2FA866407839

Turma, DJe 30/5/2017; e AgRg no HC n. 241.072/SP, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 18/8/2017.

No entanto, em relação ao regime inicial de expiação, com razão a defesa.

Ocorre que a imposição prevista no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* n. 111.840/ES em 27/6/2012.

Assim, evidenciado que a reprimenda final é inferior a 8 anos, bem como demonstrada a ausência de reincidência e de fundamentação para a imposição de regime inicial mais rigoroso, verifica-se que o paciente faz jus a iniciar o cumprimento da reprimenda imposta no regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal.

Por fim, consigno que é lamentável a posição das instâncias ordinárias a respeito da questão. A verdade é que decisões como a questionada nestes autos, em divergência ao entendimento do Supremo Tribunal Federal e à tranquila jurisprudência do Superior Tribunal, última palavra quando se trata de interpretação da lei federal, atravancam a Justiça, a qual busca dar celeridade aos casos nos quais se discutem temas realmente polêmicos, mas se depara, diariamente, com cerca de 80% de feitos tratando de temas repetitivos e aqui já resolvidos.

Em face do exposto, **concedo parcialmente** a ordem apenas para fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento da reprimenda imposta ao paciente.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 05 de dezembro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator

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: 934C2C10-9053-46E1-A5F9-2FA866407839