HABEAS CORPUS Nº 537.968 - SP (2019/0300608-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO DANIEL DURVAULT ROITBERG - RJ168348
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	CAIO VINICIUS SILVA DOS SANTOS (PRESO)
PACIENTE	:	RICHARD NASCIMENTO DA COSTA (PRESO)
PACIENTE	:	MARCELO MARQUES DA SILVA JUNIOR (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de CAIO VINICIUS SILVA DOS SANTOS, RICHARD NASCIMENTO DA COSTA e MARCELO MARQUES DA SILVA JUNIOR, apontando como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados, como incursos no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, à pena de 2 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 200 dias-multa.

Interposto recurso de apelação pela defesa, o Tribunal de origem negou-lhe provimento, em acórdão assim ementado (fl. 42):

> TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES -APREENSÃO DE QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS (64 EPPENDORFS DE COCAÍNA PESANDO 63,3 GRAMAS, 41 EPPENDORFS DE CRACK PESANDO 11,7 GRAMAS E 36 PORÇÕES DE MACONHA PESANDO 27,8 GRAMAS), ALÉM DE QUANTIA EM DINHEIRO (R$117,00) FRUTO DA VENDA DE ALUCINÓGENOS - MERCANCIA COMPROVADA - CONDENAÇÕES LASTREADAS NA PROVA DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE - PENAS ADEQUADAS - REGIME INICIAL FECHADO, SUFICIENTE PARA REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO DELITO - NÃO PROVIMENTO DOS RECURSOS.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Daí o presente *writ*, em que a impetrante sustenta, em síntese, a ausência de fundamentação idônea para a condenação dos pacientes Richard e Marcelo, como incursos no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, uma vez que a conduta desses se amolda aquela prevista no art. 37 da referida lei; para a não aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, em seu patamar máximo; e para negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

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: B056BFF9-4E1F-47F3-A462-60F0DF7CF244

Requer, liminarmente, a imediata transferência dos pacientes para o regime inicial mais benéfico. No mérito, a desclassificação da conduta do art. 33 da Lei 11.343/06 para a do art. 37 do mesmo diploma legal, em relação a Richard e Marcelo, a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, em seu patamar máximo, a fixação do regime aberto para o início de cumprimento da pena, e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Deferida a liminar (fls. 72-73) e prestadas as informações (fls. 79-120), manifestou-se o *Parquet* pela concessão parcial da ordem, de ofício, com fixação da modalidade aberta e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fl. 134).

É o relatório.

DECIDO.

Quanto às matérias ventiladas, assim manifestou-se o Tribunal de origem (fls. 46-49):

> Cumpre observar que os réus foram flagrados em plena atividade, numa *biqueira*, Caio entregando droga para o consumo de terceiros **e os dois corréus (Richard e Marcelo) o auxiliando na venda, bem como fazendo a vigilância e segurança do local, inclusive com abordagem e revista pessoal daqueles que pretendiam comprar a droga** (*antes de ingressarem na biqueira*).
>
> **Portanto, não era mesmo caso de desclassificar a conduta para aquela tipificada no artigo 37** da Lei nº 11.343/2006, visto que Richard e Marcelo não eram meros informantes, pelo contrário praticaram atos concretos de traficância, em companhia do corréu Caio, condutas que se amoldam perfeitamente à figura prevista no artigo 35, do mesmo diploma legal, sendo correta a condenação dos três réus por tráfico ilícito de entorpecentes (*nos termos do artigo 29 do Código Penal*).
>
> [...]
>
> Depois, o magistrado *a quo* concedeu ao réus o redutor da pena, previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, na fração de 3/5, resultando a sanção penal definitiva de 2 anos de reclusão, além do pagamento de 200 dias-multa, no piso, para cada réu, **não havendo se falar em diminuição em proporção maior.**
>
> **Isso porque, no caso foi apreendida expressiva quantidade de drogas variadas** e por tal razão o juiz de primeiro grau corretamente considerou "*a quantidade, a natureza das substâncias e a variedade de drogas apreendidas*", *assim como as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal*, como baliza para definição do índice de 3/5 de redução da pena, o que é perfeitamente admissível (Nesse sentido: AgRg no HC 475615/SP, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, J. em 4.12.2018).
>
> [...]
>
> O **regime inicial fechado é o adequado e suficiente ao caráter preventivo**

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: B056BFF9-4E1F-47F3-A462-60F0DF7CF244

> **e repressivo da carcerária, não se olvidando que a traficância é mola propulsora da criminalidade que assola o país,** uma vez que o usuário, na ânsia de sustentar seu vício, pratica toda sorte de delitos, abalando consequentemente toda a sociedade.
> É certo que a decisão do colendo Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 97.256/RS, consolidada pela Resolução nº 5 do Senado Federal, reconheceu ser possível a aplicação do artigo 44 do Código Penal para os delitos previstos na Lei de Drogas. Contudo, não afastou do julgador natural o poder de efetuar tal conversão levando em conta as circunstâncias concretas de cada caso, o que nem se cogita no presente, pois **se entende que a substituição não seria suficiente para a reprovação e prevenção do crime, podendo incentivar os apelantes a permanecerem na senda de crime tão nefasto**.

Como se vê, a Corte de origem manteve a decisão de piso no tocante à classificação do delito por entender que os correus *não eram meros informantes, pelo contrário praticaram atos concretos de traficância,* inclusive *com abordagem e revista pessoal daqueles que pretendiam comprar a droga.*

Por sua vez, assim dispôs a sentença (fl. 52-53):

> Nota-se, também, que todos colaboravam para venda de entorpecentes, com funções diversas. Não se amolda ao caso em tela o disposto no art. 37 da Lei 11.343/06, tendo em vista que não há prova da existência de grupo, organização ou associação para o tráfico de drogas para o qual os réus pudessem estar colaborando, ao contrário, suas condutas eram relevantes para o incremento do tráfico e demonstra a efetiva participação no delito.

Portanto, irretocável a decisão *a quo* no que tange à classificação da conduta delitiva.

Com relação à causa de diminuição especial do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, observa-se que foi fixada a fração de 3/5 em face da quantidade e diversidade dos entorpecentes apreendidos - 64 *eppendorfs* de cocaína, 41 *eppendorfs* de crack e 36 trouxinhas de maconha (fls. 57-58), fundamentos aptos a justificar a escolha do *quantum* em patamar inferior ao máximo previsto. Nesse sentido, o seguinte julgado:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. RECURSO DE APELAÇÃO EXCLUSIVO DA DEFESA. ACÓRDÃO QUE APLICOU A MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006 NO PATAMAR DE 1/3 POR FUNDAMENTOS NÃO CONSIGNADOS NA SENTENÇA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. REFORMA DO ÉDITO CONDENATÓRIO, COM REDUÇÃO DA PENA DO PACIENTE. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DA*

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: B056BFF9-4E1F-47F3-A462-60F0DF7CF244

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. PLEITO DE ESTABELECIMENTO DE REGIME INICIAL ABERTO. MATÉRIA NÃO SUSCITADA PERANTE O TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.

[...]

3. Paciente condenado, em primeira instância, à pena de 05 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais 500 dias-multa, como incurso no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06, por ter em depósito, para o fim de entrega a consumo de terceiros, ***24 gramas de maconha, acondicionada em 10 invólucros, e 4 gramas de "crack", acondicionado em 11 invólucros****. Em apelação, o Tribunal estadual reduziu a sanção para 03 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, e 388 dias-multa.*

[...]

6. O acórdão impugnado deu provimento ao recurso ministerial para fixar o quantum da minorante em patamar intermediário (1/3) com fundamento na quantidade e variedade da droga. Assim, não havendo ilegalidade patente na aplicação da causa de diminuição de pena, é vedado, na estreita via do habeas corpus, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória. Precedentes.

7. No tocante à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, o Plenário da Suprema Corte, nos autos do HC 97.256/RS, julgou inconstitucional a vedação contida no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

8. Não obstante, o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos foi negado fundamentadamente pelas instâncias ordinárias, as quais constataram que a medida não se mostra socialmente recomendável na espécie.

9. O pleito de fixação de regime inicial aberto não foi suscitado e, tampouco, analisado pela Corte de origem, o que inviabiliza o seu exame por este Sodalício, sob pena de indevida supressão de instância.

10. Ordem de habeas corpus não conhecida.

(HC 277.484/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 21/08/2014)

Quanto ao regime inicial, por outro lado, observa-se que foi fixado com

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: B056BFF9-4E1F-47F3-A462-60F0DF7CF244

base na gravidade abstrata do delito, como já adiantado em sede liminar.

Sendo a pena-base fixada no mínimo legal, reconhecidos os bons antecedentes e a primariedade dos réus, e aplicada a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, a definição de regime penal mais gravoso exige concreta motivação, nos termos da Súmula 719/STF, segundo a qual *A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*

Na hipótese, o acórdão condenatório, ao fixar o regime mais severo, reportou-se à gravidade abstrata do delito, o que torna certa a ausência de fundamentos válidos para a imposição de regime mais gravoso.

De fato, *O Superior Tribunal de Justiça já firmou orientação no sentido de que, fixada a pena-base da paciente no mínimo legal, dada a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, considerada a sua primariedade e a inexistência de grande quantidade de droga apreendida, não é possível infligir-lhe regime prisional mais gravoso* (HC 465.791/SP, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 19/12/2018).

O indeferimento da conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, de igual modo, também encontra-se genericamente fundamentado, pois a Corte estadual não logrou apontar como a concessão poderia *incentivar os apelantes a permanecerem na senda de crime tão nefasto.*

Deste modo, mantida a pena final em 2 anos de reclusão, além do pagamento de 200 dias-multa, é de rigor a concessão da ordem para alterar o regime inicial para o aberto e determinar a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, em conformidade com o art. 33, e parágrafos, e art. 44, ambos do Código Penal. Nesse sentido, os seguintes julgados:

> *HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO EM METADE. RAZOABILIDADE. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM, EM MENOR EXTENSÃO.*
>
> *1. O Tribunal de origem não logrou fundamentar de maneira idônea a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no percentual mínimo de 1/6, porquanto não declinou motivação suficiente para a fixação do redutor no referido patamar, sendo*

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: B056BFF9-4E1F-47F3-A462-60F0DF7CF244

razoável, diante da quantidade da droga apreendida - 44,59 g de cocaína -, a aplicação da minorante em metade, redimensionando-se a pena para 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação, e aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no patamar de 1/2, sendo a reprimenda final 2 anos e 6 meses de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 33, § 2º, c, e 44 e incisos, ambos do Código Penal.

3. Ordem concedida, em menor extensão, a fim de reduzir a pena do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto, possibilitando, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções. (HC 392.193/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/05/2017, DJe 25/05/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO. ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo, de acordo com o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

In casu, em razão da primariedade do paciente, do quantum de pena aplicado, inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, "c", do CP), da inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP), bem como da fixação da pena-base no mínimo legal, o regime a ser imposto deve ser o aberto.

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: B056BFF9-4E1F-47F3-A462-60F0DF7CF244

> ***Precedentes.***
>
> *[...]*
>
> *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, ratificando a liminar anteriormente deferida, fixar o regime inicial aberto para cumprimento de pena. (HC 379.637/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017)*

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para determinar o regime inicial aberto e substituir a pena de reclusão por restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo da execução.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 04 de dezembro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
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: B056BFF9-4E1F-47F3-A462-60F0DF7CF244