

HABEAS CORPUS Nº 567.384 - SP (2020/0070844-9)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
THIAGO SOARES PICCOLOTTO - SP225902
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KAYK SOUZA GONCALVES DOS SANTOS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de KAYK SOUZA GONCALVES DOS SANTOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação Criminal n.º 1501865-62.2018.8.26.0548.

Colhe-se nos autos que o Paciente foi denunciado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porque, no dia 10/12/2018, foi preso em flagrante delito, juntamente com outro, trazendo consigo, para fins de comércio ilícito, "**32 (trinta e duas) porções de Cocaína acondicionadas em microtubos plásticos do tipo eppendorf, pesando 14,5g (quatorze gramas e cinco decigramas); 38 (trinta e oito) porções de Cocaína acondicionadas em microtubos do tipo eppendorf, pesando 3,6g (três gramas e seis decigramas) e 206 (duzentos e seis) porções de Cannabis sativa L. acondicionadas em invólucros plásticos vedados, pesando 337,1g (trezentos e trinta e sete gramas e um decigrama)**" (fl. 8; sem grifos no original).

Finda a instrução criminal, o Paciente foi condenado às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, vedado o apelo em liberdade.

A sentença condenatória foi integralmente mantida pela Corte estadual, que negou provimento ao recurso de apelação interposto pela Defesa.

Nas razões deste *writ*, alega-se, em síntese, que o Apenado faz jus à minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, à fixação do regime inicial aberto e à substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

É o relatório.

Decido.

De início, cumpre salientar que são condições para que o condenado faça jus à diminuição da pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006: ser

primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente. Ora, se não estão preenchidos conjuntamente todos os requisitos legais, não é legítima a aplicação da minorante.

Acerca da dedicação à atividade criminosa, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n.º 1.773.834/ES, de minha relatoria, decidiu, por unanimidade de votos, que a elevada quantidade de drogas apreendidas pode ser perfeitamente sopesada para aferir o grau de envolvimento do acusado com a criminalidade organizada ou de sua dedicação a atividades delituosas, comportando, todavia, prova em sentido contrário.

Eis a ementa do julgado:

"AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RELEVÂNCIA TEMÁTICA. CONVERSÃO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE 20 KG DE MACONHA. AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS PAUTADA NA QUANTIDADE DA DROGA. ALEGAÇÃO DEFENSIVA DE ILEGALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

[...]

3. Em medida oposta ao recrudescimento da pena-base para o tipo penal fundamental da Lei de Drogas vigente, o tráfico, o legislador previu uma causa especial de diminuição da pena no § 4.º do art. 33, pela qual a reprimenda pode alcançar 1 ano e 8 meses. Vale dizer, 1 ano e 2 meses abaixo do mínimo legal abstratamente cominado no art. 12 da Lei revogada.

4. De fato, não se nega que os acusados possuem todas as garantias previstas pela Constituição e pelas leis e cabe à Magistratura zelar pela proteção. Contudo, também não se nega que a Constituição da República seleciona bens juridicamente relevantes aos quais não se deve dar proteção deficiente.

5. A elevada quantidade de drogas apreendidas pode ser perfeitamente sopesada para aferir o grau de envolvimento do acusado com a criminalidade organizada ou de sua dedicação a atividades delituosas, comportando, todavia, prova em sentido contrário.

6. Sem embargo, cumpre observar que, de um lado, se a grande quantidade de droga pode denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas ou o envolvimento com o crime organizado, por outro lado, mesmo havendo quantidades menores ou não expressivas, outras circunstâncias do tráfico podem indicar o mesmo envolvimento, como, por exemplo, anotações de movimentação frequente da traficância, testemunhos, apetrechos para o tráfico regular de entorpecentes etc.

7. Negado provimento ao recurso especial."

No caso, o Tribunal de origem manteve o afastamento da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, consignando que *"o fato de a apreensão versar quantidade significativa de entorpecente de maior poder viciante (cocaína), associado a informações de que os agentes fazem do comércio ilícito de entorpecentes o seu modo de vida, indica que não teria sido preenchido o outro requisito previsto em lei para incidência da redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, qual seja, a não dedicação a atividades ilícitas"* (fl. 54).

Como se vê, constata-se, em juízo prelibatório, que o redutor previsto no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, foi afastado com base não apenas na natureza e na quantidade da droga, mas, também, com base em informações de que *"os agentes fazem do comércio ilícito de entorpecentes o seu modo de vida"*. De tal forma, a desconstituição do entendimento firmado pelas instâncias ordinárias pela via do *habeas corpus* é, em princípio, inviável, por demandar a reapreciação do contexto fático-probatório.

No tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, impende salientar 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."

Ademais, o art. 33, § 2.º, alínea *b*, do Código Penal dispõe que *"o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto"*.

No caso, observa-se que o Juízo sentenciante fixou o regime prisional com as seguintes considerações (fls. 38-39):

"Regime de cumprimento de pena: fechado, o único cabível

para o caso, por expressa previsão legal, nos termos das Leis n.ºs 8.072/90 e 11.464/07, dispositivos que se encontram em plena vigência e eficácia, pois trata-se de crime hediondo, que atenta contra a saúde pública, com enormes consequências no meio social, sendo inclusive mola propulsora da prática de outros crimes contra o patrimônio e a incolumidade física, cabendo ao Juízo das Execuções analisar os requisitos subjetivos e objetivos do acusado para a concessão de eventuais benefícios (CP, art. 33, §§ 2º e 3º e CPP, art. 387, §2º)."

A Corte de origem, por sua vez, manteve o regime mais gravoso nos seguintes termos (fls. 54-56):

"O regime prisional para início do cumprimento de pena deve ser, de fato, estabelecido no sistema fechado, em razão de ser este o mais adequado ao caso concreto.

Observe-se que, até passado ainda recente, era pacífico que o estabelecimento de regime inicial diverso do fechado feriria mandamento legal expresso, dada a natureza hedionda do tráfico de entorpecentes (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90).

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, todavia, reconheceu, incidentalmente, no julgamento do Habeas Corpus n. 97.256/RS, ocorrido em 16 de dezembro de 2010, a inconstitucionalidade da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos', contida no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06.

[...]

Na ocasião, observou-se, ainda, que Tratados e Convenções internacionais aprovados e promulgados pelo Brasil preveem a possibilidade de ser dispensado tratamento diferenciado àquela conduta que, apesar de corresponder ao tipo penal do tráfico ilícito de entorpecentes, se caracterizasse pelo seu menor potencial ofensivo, o que incluiria alternativas ao encarceramento.

Seria este o caso da 'Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas', que foi incorporada ao nosso Direito interno por meio do Decreto n. 154, de 26 de junho de 1991.

Referida Convenção teria, consoante entendimento do Ministro Relator, natureza de verdadeira 'norma supralegal de hierarquia intermediária', pela qual cada Estado soberano estaria autorizado 'a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecente.'

O impacto de referido acórdão foi profundo, tendo ensejado, inclusive, a suspensão, pelo Senado Federal, no dia 15 de fevereiro de 2012, da executividade de referida expressão (Resolução n. 5/2012), que proibia mencionada conversão da prisão imposta em pena restritiva de direitos.

A partir de então, passou a prevalecer na Doutrina e na Jurisprudência o entendimento de que, se não existia mais óbice à

Superior Tribunal de Justiça

conversão da pena privativa de liberdade em mera restrição de direitos, com muito mais razão não se poderia subtrair do Magistrado a ampla liberdade na fixação do regime inicial para cumprimento de pena. Passou a ser, assim, perfeitamente concebível fosse fixado, também na condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, regime inicial diverso do fechado.

No caso ora em apreço, os ora apelantes simplesmente não preenche os requisitos que permitiriam, quer a incidência de referida conversão, quer a escolha de regime mais benéfico que o fechado para início do cumprimento da pena."

No entanto, o Paciente é primário, a pena-base foi fixada no patamar mínimo legal, sendo-lhe favorável a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, e a reprimenda definitiva foi estabelecida em 5 (cinco) anos de reclusão.

Por esses fundamentos, **entendo cabível, nesta etapa de cognição sumária, o regime segundo o quantum da pena aplicada – o semiaberto** –, uma vez que a fundamentação lançada pelas instâncias ordinárias para fixar o regime inicial mais gravoso não extrapola o tipo penal do crime de tráfico ilícito de drogas.

Por fim, mantida a reprimenda fixada ao Paciente, não se encontra preenchido o requisito previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal para a conversão da pena privativa de liberdade em medidas restritivas de direitos.

Ante o exposto, DEFIRO o pedido liminar, **em menor extensão**, a fim de estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao Paciente, até o julgamento definitivo deste *writ*.

Oficie-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao Juízo de primeiro grau.

Ouça-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 20 de março de 2020.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora