

HABEAS CORPUS Nº 548.593 - SP (2019/0356947-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : ANA PAULA DA SILVA
ADVOGADO : ANA PAULA DA SILVA - SP0401560
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARLEY ALMEIDA DOS SANTOS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. CONFISSÃO DO RÉU E PROVA TESTEMUNHAL. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. *QUANTUM* DE PENA. POSSIBILIDADE DE INICIAR O CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME SEMIABERTO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de MARLEY ALMEIDA DOS SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Criminal n.º 0000179-05.2016.8.26.0573.

Consta nos autos que o Paciente foi denunciado como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porque "*tinha em depósito, para entrega ao consumo de terceiras pessoas, 13 (treze) pinos contendo cocaína, pesando aproximadamente 5,62g, e 02 (duas) porções de maconha, pesando aproximadamente 6,84g, drogas que causam dependência física e o psíquica, [...] o que fazia sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar*" (fl. 102; sem grifos no original).

Sobreveio sentença que o condenou como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais 500 (quinhentos) dias-multa (fl. 171). Interposta apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao recurso defensivo (fls. 15-24).

No presente *habeas corpus*, alega a Impetrante ausência de

fundamentação idônea para afastar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

Sustenta que a quantidade de droga apreendida – "5,62 gramas de 'crack' e 6,84 gramas de maconha" – não é expressiva a ponto de "fundamentar o afastamento do privilégio, tão pouco para comprovar que, o acusado se dedicava a atividade criminosa" (fl. 6).

Afirma que o Paciente preenche todos os requisitos para a aplicação da minorante e que, com a sua incidência, é de rigor, também, a imposição de regime prisional menos severo.

Requer, liminarmente, a concessão da ordem para aplicar o art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006 e fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena.

As informações foram prestadas às fls. 272-308.

O Ministério Público Federal, por meio de parecer de fl. 310, manifestou-se pelo não conhecimento do writ.

É o relatório.

Decido.

Consta dos autos que o Paciente mantinha em depósito "13 (treze) pinos contendo cocaína, pesando aproximadamente 5,62g, e 02 (duas) porções de maconha, pesando aproximadamente 6,84g", tendo o Juiz de primeiro grau, na sentença, afastado o redutor e estabelecido o regime inicial fechado, sob a seguinte motivação (fls. 170-171; grifos constantes no original):

"O réu não faz jus ao disposto no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, em razão da sua dedicação exclusiva às atividades criminosas, considerando sua confissão de que comercializava drogas há quatro meses antes da sua prisão. Assim, o réu não pode ser tratado igual aos traficantes neófitos, que tem ao seu favor a causa de diminuição de pena acima mencionada. Entender de forma contrária seria no mínimo ferir o princípio da isonomia, e dar um tratamento benéfico àqueles que traficam em larga escala, algo não pretendido pela Lei 11.343/06.

Nos termos do referido dispositivo legal, entendo que o magistrado poderá reduzir a pena fixada ao agente de um sexto a dois terços desde que este seja primário, não possua antecedentes criminais, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

Cuida-se, pois, de faculdade que o Juiz de Direito usará ou não, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, e não direito subjetivo do acusado. Na aplicação do preceito o Juiz deve verificar, também, a

culpabilidade do agente e as circunstâncias do crime, sem o que estará ferindo o princípio da individualização da pena. E, na hipótese vertente, repito, tendo em vista as circunstâncias que envolveram a prisão do réu, não há dúvidas de que se dedicava ao comércio ilícito de entorpecente e, portanto, ostenta periculosidade maior. Assim, inviável a diminuição de pena supramencionada.

A pena restritiva de liberdade será cumprida em regime inicialmente fechado, consoante art. 2º, §1º, da Lei nº. 8.072/90, na redação dada pela Lei nº 11.464/2007."

Por sua vez, o Tribunal estadual afastou a figura do tráfico privilegiado e manteve o regime mais gravoso, nestes termos (fls. 19-24; sem grifos no original):

"[...]

Ao contrário do que pleiteia a defesa, é inviável a aplicação do redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06.

Ao ser interrogado, o réu confessou que havia começado a traficar entorpecentes quatro meses antes da prisão e que auferia renda mensal de R\$ 600,00 com tal ocupação, atividade criminosa a que se dedicava com exclusividade.

Não se há confundir a teleologia do redutor, voltado para infratores de menor potencial, de acordo com o intuito do legislador, o que não é o caso.

A mens legis da Lei nº 11.343/06 há de ter tido em vista, primordialmente, fornecedores ocasionais, que não denotam perseverança criminosa, hábito delinquencial ou gravíssimo comprometimento para a ordem social, a paz coletiva e a saúde da população em geral, virtudes certamente irreconhecíveis no imperdoável traficante de drogas que persevera nessa senda.

Tanto, aliás, que o citado art. 33, § 4º, contém expressa referência, para fins de merecimento da redução condescendente, à exigência de que o agente 'não se dedique às atividades criminosas'.

Sabe-se que em termos repressivos o ditame constitucional é o de desestimular com energia o comércio ilegal de drogas; logo, o benefício trazido pela nova lei de regência, editada sob o mote de tornar mais rigoroso o tratamento penal que incide sobre o traficante, conflita, quando aplicado de modo indiscriminado, com a Constituição da República.

Há, além da quebra do princípio de isonomia entre os condenados por outros crimes (especialmente pelos classificados como igualmente hediondos) e os condenados por tráfico de drogas, uma violação às disposições constitucionais e aos tratados internacionais que obrigam o Poder Público brasileiro à repressão efetiva do narcotráfico.

A intelecção útil e legítima da norma sob análise só pode ser feita à luz da Carta Política, e nesse passo se conclui que a mercê foi estabelecida para dar solução excepcional a situações excepcionais.

[...]

No que tange ao regime penitenciário, anoto que a identificação

do meio mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Cód. Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos na Lei de Drogas. Nesse sentido: STJ HC 272.152/SP rel. Min. Marilza Maynard 6ª Turma J. 10.12.2013.

No caso em tela, a fixação do regime mais gravoso para o início do desconto da pena privativa de liberdade se impõe, além das indicações claras de que se dedicava com habitualidade ao tráfico de entorpecentes, pela natureza lesiva de parte da droga com ele apreendida (13 porções de cocaína), a atrair a incidência do art. 42 da Lei de Tóxicos.

[...]

Outrossim, relevante observar o texto legal dos arts. 33, §3º e 59, ambos do Cód. Penal, sem olvidar a natureza da infração e os males que ela provoca no seio social, devendo o infrator experimentar repercussões objetivas acerca da censurabilidade de sua conduta.

[...]

O art. 33, §3º do Cód. Penal remete ao art. 59, do mesmo texto, para eleição do regime de cumprimento das penas, o qual, aliás, traz em seu bojo as consequências do delito como elemento informador.

Sem dúvida, o juiz não pode desprezar as regras de experiência comum (praesumptiones hominis), ou seja, a ordem normal das coisas. A experiência comum é aquele conhecimento adquirido pela prática e pela observação do cotidiano. Nesse sentido há manifestações da doutrina e da jurisprudência [...].

Guardadas as devidas proporções, outorgar regime mais brando brindaria aquele que contribuiu decisivamente contra a ordem e saúde públicas com benefício que não se acha devidamente posto na lei do ponto de vista teleológico.

Mantenho, portanto, a fixação de regime inicial fechado.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso."

Cumprе 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.

Uma vez constatada pelas instâncias ordinárias a ausência dos requisitos para a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, sobretudo ante à confissão do Paciente de que praticava a venda de entorpecente há quatro meses, o que evidencia a sua dedicação à atividade criminosa.

A propósito, em precedente relatado pelo Exmo. Ministro NEFI CORDEIRO, em que foram **apreendidos 1,2g de cocaína, 42,9g de pasta-base de**

cocaína, e ainda 14,5g de cocaína pura, a Sexta Turma do Superior Tribunal decidiu o que se segue:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONFISSÃO DO RÉU. MOTIVAÇÃO CONCRETA A JUSTIFICAR A NÃO APLICAÇÃO DO REDUTOR. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

2. A confissão do paciente de que fazia a entrega de entorpecentes por pagamento indica de modo suficiente sua integração à atividade criminosa, sendo certo que a revisão do julgado demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável em sede de habeas corpus

3. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 533.988/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 03/12/2019; sem grifos no original.)

Ademais, a modificação desse entendimento exigiria aprofundado reexame probatório, o que não é possível na via do *habeas corpus*.

A propósito:

"[...]

2. Afastada a redutora pela Corte a quo, com fundamento em circunstâncias do caso que evidenciam a dedicação do réu à atividade criminosa, apontando que o réu abastecia o ponto de tráfico, a pretendida revisão do julgado implicaria o reexame do material cognitivo produzido nos autos, insuscetível de ser realizada na estreita via do habeas corpus. Precedentes.

3. Habeas corpus denegado." (HC 469.898/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 01/02/2019, sem grifos no original.)

"[...]

2. O Tribunal a quo não se manifestou sobre a aplicação da atenuante da confissão, assim, a sua análise, diretamente por esta Corte, acarreta indevida supressão de instância. Além disso, a pena-base foi fixada no mínimo legal, dessa forma, ainda que fosse reconhecida a atenuante, não seria cabível a redução da sanção do paciente, nos termos do enunciado n. 231 da Súmula desta Corte.

3. A causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não foi aplicada em razão das circunstâncias

apuradas na instrução processual evidenciarem que o paciente se dedicava a atividades criminosas. A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto, demanda percucente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

[...]

6. *Agravo regimental desprovido.*" (AgRg no HC 541.251/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 20/02/2020, DJe 05/03/2020; sem grifos no original.)

De outra parte, quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, 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 da pena nesses crimes, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal, e as Súmulas n.ºs 440/STJ e 718 e 719/STF.

Nesse sentido:

"[...]

2. ***O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES em 27/6/2012, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe conferiu a Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados.***

3. *Em 1º/9/2010, quando do julgamento do HC n. 97.256/RS, a Corte Suprema declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade das expressões 'vedada a conversão em penas restritivas de direito' e 'vedada a conversão de suas penas em restritivas de direito', constantes, respectivamente, do §4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.*

4. ***Caso em que o regime fechado foi aplicado à pena reclusiva imposta à paciente, mais severo do que a reprimenda comporta, sem fundamentação idônea, apenas com fulcro na hediondez do delito e na gravidade abstrata da conduta. Afronta ao art. 93, IX, da Constituição da República, e ao Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte Superior de Justiça, segundo o 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'. Nos mesmos termos, estão os Enunciados n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, também afrontados pelas instâncias ordinárias.***

5. *Considerando o quantum da condenação (1 ano, 11 meses e 10 dias), a primariedade da paciente, o fato de não lhe terem sido*

apontadas circunstâncias judiciais desfavoráveis e o preenchimento dos pressupostos previstos no art. 44 do Código Penal, configura constrangimento ilegal a aplicação do regime inicial fechado e a negativa de substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para alterar o regime de cumprimento de pena para o aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais." (HC 360.539/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016; sem grifos no original.)

Na hipótese, verifico que o regime apropriado é o **semiaberto**, conforme ditame do art. 33, § 2.º, alínea *b*, do Código Penal, segundo o qual "*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*".

Assim, considerando o *quantum* de pena estabelecido – 5 (cinco) anos de reclusão –, a primariedade do Acusado e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível, nos termos do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal, a fixação do regime inicial **semiaberto**, sobretudo porque a quantidade de drogas apreendida – **6,84g de maconha e 5,62g de cocaína** (fl. 102) – não extrapola a normalidade do tipo penal.

A propósito:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITOS DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/06. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE DEMONSTRAM A DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. REGIME FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

III - Na espécie, ao contrário do que aduz a defesa, houve fundamentação concreta e idônea para o afastamento do tráfico privilegiado, lastreada na *quantidade de drogas e diversidade de entorpecentes apreendidos (144 porções de cocaína, pesando 62,2 gramas; 60 invólucros plásticos contendo 21,5 gramas de cocaína, na forma de crack; e 60 porções de maconha, com peso de 118,1 gramas), e nas demais circunstâncias da apreensão e da prisão em flagrante do paciente, elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, pois demonstram que o paciente se dedicava às atividades criminosas. 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.

IV - Em relação 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.

V - Na hipótese, o regime fechado foi mantido 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 semiaberto para início de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, parágrafo 2º, alínea b, e § 3º, do Estatuto Penal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício." (HC 540.789/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2019, DJe 26/11/2019; sem grifos no original.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. AFASTAMENTO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. APLICAÇÃO DO REDUTOR. PENA REDIMENSIONADA. REGIME PRISIONAL. DESVALOR ATRIBUÍDO À QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS E PRIMARIEDADE. ADEQUAÇÃO PARA O REGIME INTERMEDIÁRIO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Conforme entendimento desta Corte Superior, a natureza e a quantidade da droga, por si sós, podem não ser suficientes para o afastamento da causa de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06.

2. ***A quantidade e a variedade dos entorpecentes apreendidos (22,8 gramas de crack, 157,9 gramas de cocaína e 33,7 gramas de maconha), embora não sejam desprezíveis, não são aptas a afastar a minorante. Podem também ser sopesadas para a escolha da fração redutora.***

3. Habeas corpus parcialmente concedido para reduzir as penas do Paciente ao patamar de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime semiaberto, e pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa." (HC 502.376/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/09/2019, DJe 04/10/2019; sem grifos no original.)

Superior Tribunal de Justiça

Ante o exposto, CONCEDO EM PARTE a ordem de *habeas corpus* para, confirmando a medida liminar, fixar o regime inicial **semiaberto** para o início do cumprimento da pena imposta ao Paciente.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 20 de março de 2020.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora