HABEAS CORPUS Nº 536.433 - SP (2019/0292641-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		PAULO RICARDO DE DIVITIIS FILHO - SP324056
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	GEOVANI DIAS DE SOUZA
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de GEOVANI DIAS DE SOUZA apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o paciente foi denunciado como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 18/20), em decorrência da apreensão de *"180 (cento e oitenta) invólucros contendo **Cocaína**, com peso líquido de **140,4g (cento e quarenta gramas e quatro decigramas**), 205 (duzentos e cinco) invólucros contendo **Crack**, com peso líquido de **37,3g (trinta e sete gramas e três decigramas)** e 19 (dezenove) invólucros contendo Cannabis sativa L, substância vulgarmente conhecida como **maconha**, com peso líquido de **148g (cento e quarenta e oito gramas)**"* – e-STJ fls. 77/78.

O Magistrado de piso julgou improcedente a denúncia e absolveu o denunciado das imputações constantes da denúncia, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal. Na ocasião, determinou a expedição de alvará de soltura em favor do ora paciente (e-STJ fls. 27/32).

Interposta apelação pelo Ministério Público estadual, o Tribunal de origem de provimento ao recurso em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 76):

> *APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de drogas. Autoria e materialidade delitiva comprovadas. Decisão condenatória que se impõe. Impossibilidade de absolvição. Impossibilidade de aplicação do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas. Recurso ministerial provido.*

A defesa opôs embargos de declaração, que foram rejeitados nos seguintes termos (e-STJ fl. 102):

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 22121A48-81CB-44EE-87E3-806AA251B76A

> *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Suposta ocorrência de omissão no v. acórdão que deu provimento à apelação ministerial. Embargos rejeitados.*

Daí o presente *writ*, no qual aponta a defesa ilegalidade na dosimetria e na fixação do regime prisional inicialmente fechado.

Sustenta que a causa de diminuição da pena não foi aplicada com fulcro, somente, na quantidade de drogas apreendidas e ressalta que, *"presentes os pressupostos taxativos e indissociáveis previstos na Lei de Drogas para a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, a quantidade e variedade de drogas podem ser invocadas, se o caso, para reduzir o patamar de redução, mas não para afastá-lo"* (e-STJ fl. 6).

Reforça que *"o réu é primário e que a mera quantidade ou variedade de drogas não indica, por si só, a condição de integrante de organização criminosa ou mesmo a suposta dedicação a atividades ilícitas"* (e-STJ fl. 7), além de não haver nos autos nenhum elemento concreto capaz de comprovar a prática de atividades criminosas ou a sua integração em organização dessa natureza.

Assevera, ainda, que ações penais em curso não justificam o afastamento da minorante, razão pela qual o acusado faz jus à concessão da benesse contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Pontua que, com a readequação da reprimenda, cabe o abrandamento do regime prisional e a substituição da custódia por medidas alternativas à prisão.

Adua, também, que o regime mais gravoso foi estabelecido com base, apenas, na gravidade abstrata do delito, apesar de favoráveis ao réu todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, e invoca as Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e 440 desta Corte.

Dessa forma, requer, liminarmente e no mérito, a aplicação do redutor com a alteração do regime para o aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Subsidiariamente, postula a fixação do regime intermediário, tendo em vista o *quantum* da sanção definitiva (e-STJ fls. 3/14).

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 22121A48-81CB-44EE-87E3-806AA251B76A

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 111/113).

Informações prestadas (e-STJ fls. 156/160).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem com a alteração do regime prisional para o semiaberto (e-STJ fls. 162/166).

É o relatório.

Decido.

Preliminarmente cumpre ressaltar que, na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

No caso em tela, o Tribunal de origem, ao dar provimento ao apelo ministerial, assim se manifestou quanto à dosimetria e à fixação do regime inicial de cumprimento da pena (e-STJ fls. 82/83):

> *Passando à análise das reprimendas, na primeira fase, em atenção ao disposto no artigo 59, do Código Penal e artigo 42, da Lei n. 11.343/06, verifica-se que o recorrido ostenta bons antecedentes, sendo certo, ainda, que as circunstâncias e consequências do delito não extrapolaram os limites inerentes ao próprio tipo penal, bem como a quantidade de drogas não se mostrou deveras exacerbada a ponto de exigir uma resposta penal mais enérgica, razão pela qual fixo a pena-base no mínimo legal cominado à espécie, qual seja, 05 (cinco) anos de reclusão, mais o pagamento de 500 (quinhentos) dias- multa, no mínimo valor legal, montante este adequado para a reprovação e prevenção do crime por ele cometido.*
>
> *Na segunda etapa, ausentes atenuantes ou agravantes da pena.*
>
> ***Na terceira etapa, verifica-se que o recorrido não faz jus à causa de diminuição de pena inserta no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, tendo em vista a considerável quantidade de droga apreendida: 180 (cento e oitenta) invólucros contendo Cocaína, com peso líquido de 140,4g (cento e quarenta gramas e quatro decigramas), 205 (duzentos e cinco) invólucros contendo Crack, com peso líquido de 37,3g (trinta e sete gramas e três decigramas) e 19 (dezenove) invólucros contendo Cannabis sativa L, substância vulgarmente conhecida como maconha, com peso líquido de 148g (cento e quarenta e oito gramas)****, todas confirmadas pelo Laudo Pericial de fls. 124/126.*
>
> ***No tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, imperiosa a fixação do fechado para o apelado, considerando-se aqui, a***

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 22121A48-81CB-44EE-87E3-806AA251B76A

> ***gravidade e nocividade concreta da conduta, também evidenciada pela natureza das drogas apreendidas, o que recomenda que o desconto das penas privativas de liberdade seja iniciado em regime mais severo.***
>
> *Por fim, tendo em vista que o réu se encontra em liberdade, aguarde-se o decorrer do trânsito em julgado para que se expeça mandado de prisão em seu desfavor, observando o regime prisional.*
>
> *Assim sendo, e nestes termos, dá-se provimento ao recurso ministerial, para condenar o réu Geovani Dias de Souza, como incurso nas sanções do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no patamar mínimo legal.* (Grifei.)

Delineada a situação fática, passo à análise das teses aviadas.

Aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006

De acordo com o aludido art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja, **cumulativamente**, primário e portador de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Sob tal perspectiva, não vislumbro o alegado constrangimento ilegal, pois, em face das circunstâncias do delito e na quantidade dos entorpecentes apreendidos – **140,4g (cento e quarenta gramas e quatro decigramas) de cocaína, 37,3g (trinta e sete gramas e três decigramas) de *crack* e 148g (cento e quarenta e oito gramas) de maconha –,** em respeito aos critérios estabelecidos pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, foi excluída a possibilidade de aplicação do pretendido redutor. Nesse sentido:

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. QUANTUM FUNDAMENTADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO DESPROVIDO.*
>
> [...]
>
> *II - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena, quando não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e houver flagrante ilegalidade.*
>
> *III - O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 22121A48-81CB-44EE-87E3-806AA251B76A

> *sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06,* ***a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.***
>
> *IV -* ***Na hipótese, houve fundamentação concreta e idônea para o patamar estabelecido referente ao tráfico privilegiado, em razão da grande quantidade de entorpecentes apreendidos com o paciente, vale dizer, 647,4g (seiscentos e quarenta e sete gramas e quarenta decigramas) da erva Cannabis sativa, em consonância com o atual entendimento do col. Pretório Excelso, bem como desta Corte Superior de Justiça****. Precedentes.*
>
> *Agravo regimental desprovido* (AgRg no HC 554.052/SC, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 16/03/2020, grifei).

<u>Fixação de regime inicial menos gravoso</u>

Constata-se *in casu* que o regime fechado aplicado à pena reclusiva, mais severo do que aquele que a reprimenda comporta, foi fixado sem fundamentação idônea, já que **pautado apenas na gravidade em abstrato do delito,** em evidente afronta ao art. 93, IX, da Constituição da República e ao enunciado 440 da Súmula desta Corte Superior, que segue transcrito: "*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.*"

Nesse mesmo sentido, confiram-se os enunciados 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, respectivamente:

> *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.*

No mesmo sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 22121A48-81CB-44EE-87E3-806AA251B76A

ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA TAL FIM. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. PENA DE OITO ANOS DE RECLUSÃO. GRAVIDADE ABSTRATA DA CONDUTA. PACIENTE PRIMÁRIA, COM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ILEGALIDADE MANIFESTA. NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL PARA O SEMIABERTO.

1. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada e a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

2. ***No caso, as instâncias de origem estabeleceram o regime prisional fechado levando em conta apenas a gravidade em abstrato da conduta perpetrada, circunstância que não autoriza a conclusão de que o comportamento da agravada reveste-se de maior grau de reprovabilidade.***

3. ***Considerando o quantum da condenação (8 anos), a primariedade da agravada e o fato de não lhe terem sido apontadas circunstâncias judiciais desfavoráveis, o regime cabível na espécie seria o semiaberto, em conformidade com o disposto nos arts. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do Código Penal.***

4. ***Regime intermediário cabível, nos termos dos enunciados das Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, bem como do enunciado da Súmula n. 440 desta Casa.***

5. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC 500.801/SP, Minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2019, DJe 27/06/2019, grifei).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL SEMIABERTO PARA CUMPRIMENTO DE PENA. POSSIBILIDADE. SÚMULAS N.os 718 E 719 DO STF E 440 DO STJ. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. MOTIVAÇÃO NÃO UTILIZADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS PARA FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. MERO INCONFORMISMO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O entendimento firmado no âmbito desta Corte Superior é no sentido de que a quantidade de entorpecentes pode ser utilizada como fundamento a ensejar a aplicação do regime mais danoso, ex vi do art. 33, §§ 2.º e 3.º, do Código Penal, e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

2. No caso, a quantidade da droga não foi utilizada para motivar a fixação do regime mais gravoso (fechado). ***Conforme consignado na decisão agravada, o regime de cumprimento da pena foi baseado apenas na gravidade abstrata do delito*** *e na sua hediondez,* ***o que contraria as Súmulas n.os 718 e 719, ambas do STF, e 440 desta Corte. Assim, a motivação é inidônea, sendo ilegítima a manutenção do regime de cumprimento da pena mais gravoso baseado na quantidade de drogas, fazendo acréscimo de fundamentação, em sede de habeas corpus.***

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 22121A48-81CB-44EE-87E3-806AA251B76A

> *3. Agravo regimental desprovido* (AgRg no HC 516.507/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/10/2019, DJe 19/11/2019, grifei).

Sob tal prisma, considerando o *quantum* da condenação (5 anos de reclusão), a primariedade do agente e o fato de não lhe terem sido apontadas circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve-lhe ser conferido o regime semiaberto, em conformidade com o disposto no art. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do Código Penal.

Mantida a sanção originária – 5 anos de reclusão –, torna-se inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, já que não preenchido o requisito do art. 44, I, do Código Penal.

Ante todo o exposto, **concedo parcialmente a ordem** a fim de alterar o regime inicial de cumprimento da pena imposta ao paciente para o semiaberto, mantidos os demais termos do acórdão estadual.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 1º de abril de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 22121A48-81CB-44EE-87E3-806AA251B76A