

## VOTO

### O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Pelo que se depreende dos autos, o Superior Tribunal de Justiça não examinou, definitivamente, as teses suscitadas na presente impetração, razão por que a sua apreciação, de forma originária, neste ensejo, configuraria inadmissível supressão de instância.

Não pode esta Suprema Corte, em exame **per saltum**, apreciar questão não analisada, em definitivo, pelo Superior Tribunal de Justiça (HC nº 111.171/DF, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 9/4/12).

Perfilhando esse entendimento: HC nº 113.172/SP, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 17/4/13; HC nº 118.836/PA-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármem Lúcia, DJe de 8/10/13; HC nº 116.857/ES-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 21/5/13; HC nº 114.583/MS, Segunda Turma, Relator o Ministro Cesar Peluso, DJe de 27/8/12; HC nº 92.264/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Menezes Direito, DJ de 14/12/07; e HC nº 90.654/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 25/5/07, entre outros.

Todavia, o caso admite a mitigaçāo do referido óbice.

Tem-se que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 5 anos, em regime inicial fechado, pela prática do crime de tráfico de drogas.

Na dosimetria da pena, o Juízo sentenciante assim procedeu:

“Considerando os critérios do artigo 59 do Código Penal, **fixo a pena-base em: 5 (cinco) anos de reclusão** e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

**Na segunda fase a pena permanece inalterada**. Destaco que a atenuante da menoridade relativa não pode levar a pena-base aquém do mínimo legal.

Na terceira fase, entendo não ser o caso de aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Isso porque, para sua aplicāo, além do preenchimento dos requisitos estabelecidos no tipo penal (agente primário e de bons antecedentes), deve ficar demonstrado que o réu não se dedica a atividade criminosa e nem integra organizāo criminosa, ou seja, deve ficar demonstrado que o réu agiu de forma ocasional. Tem-se que a intenção do legislador, ao permitir a redução das sanções penais, foi diferenciar o traficante

contumaz, que dispõe de sofisticado aparato organizado, daquele eventual. No caso dos autos, verifica-se que o réu trazia consigo e guardava grande quantidade e variedade de drogas, consistentes em 9,3 gramas de crack, 99,2 gramas de cocaína e 608,2 gramas de maconha (fls. 190/192), bem como portava rádio comunicador (fls. 09 /10). Ainda, já foi condenado pela prática de ato infracional equiparado ao crime de tráfico de drogas, conforme fls. 105/109, demonstrando vivência na criminalidade e conduta reiterada destinada à prática do crime de tráfico de drogas, circunstância impeditiva da aplicação do redutor. Torno definitiva a pena aplicada. (Doc. 3).

Logo, deve ser mantida a negativa de incidência da causa especial de redução da pena, já que ficou demonstrado que o paciente se dedica a atividades tipificadas como crime.

Consoante pontuou o Ministro **Gilmar Mendes** ao denegar a ordem no HC nº 179.012,

(...) é indiscutível que, na adolescência, o agravante não praticou crimes, em seu sentido técnico-jurídico. Ocorre que o tribunal de origem apenas registrou que a prática dos referidos atos infracionais comprova que o agravante não é nenhum principiante. Vale destacar os diversos atos infracionais já praticados pelo ora paciente, quais sejam: a) Recepção de motocicleta em 17 de março de 2014, quando o réu tinha 14 anos ; b) Tráfico de entorpecentes em 17 de julho de 2015, quando o réu tinha 15 anos; c) Tentativa de homicídio no interior da Fundação CASA em 07 de março de 2016, quando o réu tinha 17 anos. Isso não significa que foram considerados, como crimes, os atos infracionais praticados. Significa, apenas, que todo o contexto fático comprova que o requisito de não dedicação a atividades criminosas não foi preenchido (DJe de 6/2/20).

No mesmo sentido: HC nº 192.147, de minha relatoria, DJe de 14/10/20; HC nº 178.364, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 25/11/19; e HC nº 152.100, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 22/2/18, entre outras.

Ademais, ressalto que estamos diante do dispositivo do tráfego privilegiado, da participação ou não em atividades de organização criminosa. E, para fins de categorizar a individualização - no caso, o paciente, na ação penal, o acusado - como partícipe de organização

criminosa, não é necessária uma decisão definitiva transitada em julgado, e sim os elementos fáticos-probatórios que constam dos autos.

Considero, assim, adequada a fundamentação que afasta a aplicação da minorante do tráfico de drogas, em razão do motivado convencimento acerca de anterior envolvimento do paciente em crimes desse jaez.

Adentrar no caso específico penso que também seria um revolvimento de fatos e provas que foram valorados nas instâncias ordinárias.

É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que, “[s] e as circunstâncias concretas do delito ou outros elementos probatórios revelam a dedicação do paciente a atividades criminosas, não tem lugar o redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006” (HC nº 123.042/MG, Primeira Turma, Relatora a Ministra **Rosa Weber**, DJe de 31/10/14).

Além disso, se as instâncias ordinárias concluíram que o paciente se dedicava à atividade criminosa, com intuito de negar a incidência da causa especial de redução de pena, para se chegar a uma conclusão diversa, necessário seria o reexame de fatos e provas que o **habeas corpus** não comporta.

De acordo com o entendimento da Corte é inviável a utilização do **habeas corpus** para se revolver o contexto fático-probatório e glosar os elementos de prova que ampararam aquela conclusão. Nesse sentido: RHC nº 105.150, Primeira Turma, Relator o Ministro **Dias Toffoli**, DJe de 4/5/12; RHC nº 121.092/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Luiz Fux**, DJe de 12/5/14; HC nº 118.602/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 11/3/14; e o HC nº 111.398/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 3/5/12.

Quanto ao regime fechado, assentou: “A pena privativa de liberdade será cumprida inicialmente em regime fechado, por entender ser o regime adequado à conduta do réu, que demonstrou se dedicar a atividade criminosa”.

O Tribunal de Justiça estadual, ao enfrentar a controvérsia veiculada em habeas corpus impetrado pela defesa, concluiu:

“ENTORPECENTES. TRÁFICO (art. 33, caput, da Lei 11.343/06). Sentença condenatória. Aplicação do redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, alteração das penas impostas e do regime prisional fixado. Inviabilidade. Questões que devem ser discutidas no

recurso de apelação já interposto pela Defesa. Deferimento ao paciente do direito de recorrer em liberdade. Impossibilidade. Estando presentes os requisitos da custódia cautelar durante a tramitação do feito, não tem sentido que se defira ao paciente a liberdade após o reconhecimento da responsabilidade de ambos por delito grave. Inexistência de violação ao princípio da presunção de inocência. Súmula nº 09, do C. Superior Tribunal de Justiça. Constrangimento ilegal inexistente. Ordem denegada”.

Vê-se, portanto, que a instância revisora chancelou o entendimento lançado na sentença condenatória.

Não obstante, estou convencido de que o regime prisional inicial fechado mostra-se desproporcional ao quantum de pena aplicado à paciente de 5 anos de reclusão, mormente diante da ausência de fundamentação individualizada.

A meu sentir, não houve a devida compatibilização, pois a imposição do regime inicial prisional mais gravoso (fechado) que o quantum da pena aplicada se deu com fundamento genérico de que o paciente se dedicaria a atividade ilícita, baseado na vida pregressa do paciente que praticou ato infracional análogo a tráfico.

Essa imposição de pena vai de encontro ao princípio da proporcionalidade, dadas as circunstâncias da conduta imputada ao paciente e a resposta estatal suficiente a sua reprovação.

Assim, estou convencido, no caso dos autos, de que o regime **semiaberto** melhor atende o princípio da proporcionalidade.

Vale destacar, no que se refere ao princípio da proporcionalidade, as precisas lições do Ministro **Celso de Mello**, para quem

“[o] exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade, exatamente por viabilizar o controle de sua razoabilidade, com fundamento no art. 5º, LV, da Carta Política, incluir-se, por isso mesmo, no âmbito da própria fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público” (HC nº 11.844, Segunda Turma, DJe de 1º/2/13).

Ao discorrer sobre a regra geral de proporcionalidade e a sua compatibilidade com a natureza e repercussão do delito, o saudoso Ministro **Teori Zavascki** consignou em voto-vista proferido

“[ser] indispensável (...) que a avaliação se dê caso a caso, até porque a pura e simples uniformização de tratamento não encontra justificativa na eleição de um padrão onde a homogeneidade não existe, até pelas dimensões territoriais do país, que oferecem realidades sociais, econômicas e culturais heterogêneas e inteiramente diferenciadas. Acertada, por isso, a orientação do STJ relativamente a réus reincidentes com penas inferiores a 4 anos, a quem aquela Corte tem deferido o regime semiaberto, subordinando assim uma interpretação literal da lei a uma necessária adequação ao princípio constitucional da devida individualização da pena.” (HC nº 123.108, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Roberto Barroso, DJe de 1º/2/16)

Na sua visão,

“foge do senso de justiça colocar em situação equivalente um sentenciado por crime de pequena significação, que tenha uma condenação anterior, a uma pessoa que feriu gravemente a sociedade com a prática de estupro, de tráfico de drogas ou de latrocínio. Com razão, pois, o Ministro Relator quando afirma que ‘há situações que, embora enquadráveis no relato geral de enunciado normativo, não parecem merecer as consequências concebidas pelo legislador, aplicáveis a partir de um raciocínio meramente silogístico’.” (grifos nossos)

Em arremate conclui sua Excelência pela necessidade de “mediação do intérprete, a fim de calibrar eventuais excessos e produzir no caso concreto a solução mais harmônica com o sistema jurídico.” (grifos nossos)

Outro não é o comando da Constituição Federal ao estabelecer uma escala de sanções aplicáveis aos crimes (CF, art. 5º, XLVI), de acordo com sua gravidade, ao mesmo tempo em que prevê a individualização da pena como fato determinante para a correta retribuição estatal suficiente pela violação perpetrada pelo infrator da norma, inclusive no que se refere ao regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade (CP, art. 59, III).

Cumpre, ainda, ressaltar que a manifestação da Procuradoria-Geral da República acompanhou esse linha de raciocínio a fim de que se estabeleça o regime semiaberto, revogando-se na sequência a prisão preventiva do paciente, porquanto incompatível.

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem para fixar o **regime inicial semiaberto, revogando-se a prisão provisória imposta ao paciente no autos da ação penal nº 1501333-56.2020.8.26.0536.**

É como voto.