

HABEAS CORPUS Nº 483.737 - SP (2018/0332197-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LEILA ROCHA SPONTON - SP246729
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DENIS WESLEY DIAS FURTADO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de DENIS WESLEY DIAS FURTADO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal n. 0033955-18.2013.8.26.0050, e dos embargos de declaração opostos.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 133 dias-multa, como incurso no **art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006** (e-STJ fls. 17/22).

Irresignado, o *Parquet* estadual apelou e o Tribunal local deu provimento ao recurso para aumentar a sanção para 3 anos e 9 meses de reclusão, em regime inicial fechado, além de 375 dias-multa (e-STJ fls. 49/53).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ fls. 70/72).

No presente *writ* (e-STJ fls. 3/12), a impetrante alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal tendo em vista a não aplicação, pelo Tribunal local, da redutora do tráfico em 2/3. Afirma que o paciente faz jus à aplicação da minorante na fração máxima, porquanto estão presentes todos os requisitos para a incidência da benesse e argumenta, também, que a quantidade de drogas apreendidas não é excessiva.

Sustenta, ainda, que o paciente faz jus ao regime aberto, nos termos do disposto no art. 33, § 2º, "c", do Código Penal, bem como preenche

os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, a permitir a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Diante disso, requer, liminarmente, que o paciente aguarde o julgamento do *habeas corpus* no regime aberto e, no mérito, que seja aplicado o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em seu grau máximo, fixado o regime aberto e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi deferido em parte, às e-STJ fls. 76/78, para assegurar ao paciente o direito de aguardar, em regime semiaberto, o julgamento do presente *habeas corpus*, salvo se por outro motivo estiver preso ou cumprindo pena em regime mais gravoso.

As informações foram prestadas, às e-STJ fls. 87/103, e o Ministério Público Federal, em parecer exarado às e-STJ fls. 105/112, opinou pela concessão a ordem de ofício, para fixar o regime inicial aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a serem fixadas pelo juízo da execução.

É o relatório. **Decido.**

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

Conforme relatado, busca a impetrante, em suma, a aplicação a redutora pelo tráfico privilegiado, na fração máxima de 2/3 e, por conseguinte, a fixação de regime aberto e a substituição da reprimenda do paciente.

I. Fração da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Preliminarmente, cabe observar que, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a

pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente **primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.**

Sob essas balizas, ao julgar a apelação criminal, o relator do voto condutor do acórdão aplicou a referida redutora em 1/4, nos seguintes termos (e-STJ fls. 51/52, grifei):

[...]

Consta dos autos que no dia 15 de abril de 2013, por volta de 23h30min, na Av. Senador Teotônio Vilela, nº 4500, nesta Capital, o réu DENIS WESLEY DIAS FURTADO portava e trazia consigo, para fins de tráfico, 75 porções de cocaína (69,5g) e mais 100 porções de crack (50,7g) e 50 porções de maconha (145g).

[...]

A pena base do crime de tráfico de entorpecentes foi fixada no mínimo legal, 05 anos de reclusão mais 500 dias-multa, no piso.

Na segunda fase nada foi dito a respeito da atenuante da confissão, que deve ser reconhecida, porém, sem reflexo na pena, uma vez que é vedada a redução abaixo do mínimo legal, por força do disposto na Súmula de nº 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Na terceira fase, com vistas às diretrizes do art. 42 da Lei nº 11.343/06, em especial, a grande nocividade do crack e da cocaína e a razoável quantidade de drogas envolvida na conduta, a fração de 1/4 sugerida pelo Promotor de Justiça melhor se adéqua ao caso vertente, até para que se mantenha coerência com o que se tem decidido em casos semelhantes, o que perfaz sanção definitiva de 03 anos e 09 meses de reclusão, mais 375 dias-multa, no piso.

Pela leitura do trecho acima, verifica-se que a fração da minorante em 1/4 não se mostrou de modo flagrante, desarrazoada, tampouco desproporcional, em razão da vultosa quantidade, variedade e da natureza especialmente deletéria de dois dos entorpecentes apreendidos – 75 porções de cocaína, pesando 69,5 gramas; 100 porções de crack, pesando 50,7 gramas e 50 porções de maconha, com peso de 145 gramas –, em conformidade com a

jurisprudência pacificada desta Corte Superior.

Ademais, o *quantum* de redução aplicado fica indene ao crivo do *habeas corpus*, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a via estreita do remédio heroico, não havendo, portanto, nenhuma ilegalidade a ser sanada nesse ponto.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. NATUREZA, QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS SUBSTÂNCIAS APREENDIDAS. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. *Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas.*

3. *Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do delito, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.*

4. *Hipótese na qual o Tribunal a quo, de forma motivada, atento às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a diversidade, a natureza e a quantidade de droga apreendida – 93 eppendorfs de cocaína (59,4g), 1 porção de crack (0,16g) e 5 porções de maconha (23,6g) –, exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria da pena, para fazer incidir a minorante no patamar de 1/6.*

[...]

8. *Habeas corpus não conhecido.* (HC n. 394.803/SP, Rel.

Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 20/6/2017, DJe 28/6/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE REDIMENSIONADA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. FRAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO). QUANTIDADE, NATUREZA E QUALIDADE DA DROGA (200 GRAMAS DE CRACK). USO NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PATAMAR MANTIDO. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE DA PENA IMPOSTA E A PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

II - Dita o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 que "O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

III - O Supremo Tribunal Federal (STF), por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual caracteriza bis in idem tal valoração tanto na primeira quanto na terceira fases do cálculo da pena (ARE n. 666.334/AM, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 6/5/2014).

IV - Assim, que permitiu o col. STF, mutatis mutandis, a valoração de tal circunstância desfavorável (a quantidade e a natureza do entorpecente) na primeira ou na terceira fase da dosimetria da pena do delito de tráfico de drogas.

V - In casu, a referida circunstância foi fixada na terceira fase da dosimetria, impedindo a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em seu grau máximo. Sendo desfavorável, portanto, impediria, inclusive, a fixação do regime semiaberto em razão da quantidade de pena imposta ao paciente. No entanto, a fim de evitar reformatio in pejus, mantém-se o regime semiaberto fixado pelas instâncias ordinárias.

[...]

Habeas corpus não conhecido. (HC n. 397.806/RS, Rel.

Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 8/8/2017,
DJe 16/8/2017)

II. Regime de cumprimento de pena e substituição

Quanto ao regime prisional, é consabido que, em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistia a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto nos arts. 33, §§ 2º e 3º, c/c o 59, ambos do Código Penal.

Sob essas balizas, ao manter o regime inicial fechado para o resgate da reprimenda, a Corte estadual asseverou que (e-STJ fls. 52/53, destaquei):

[...]

O regime inicial fechado é de rigor, pois, sob o prisma da suficiência, é o único compatível com o delito de tráfico de entorpecentes, que tanto mal tem proporcionado à sociedade, pois trata-se de crime que fomenta outras espécies de ilícitos penais, provoca a degradação do indivíduo e da família brasileira, desvia a juventude da busca de objetivos lícitos e produtivos em favor bem comum, tudo em troca de um único escopo, o lucro do traficante. Quem promove este sistema merece repressão severa.

Ademais, por tratar-se de tráfico de cocaína e crack, drogas de extrema nocividade, mais ainda se justifica a adoção do regime inicial fechado [...].

Na espécie, constato que o regime inicial fechado, mais severo do que a pena comporta, foi mantido pela Corte paulista, com base apenas na gravidade abstrata do delito, fundamento que, a meu ver, não se mostra suficiente para manter o regime mais gravoso. Desse modo, embora a sanção não haja ultrapassado 4 anos, *in casu*, 3 anos e 9 meses de reclusão, o regime semiaberto mostra-se mais adequado à repressão do delito, devido à quantidade, natureza e diversidade das drogas apreendidas – 75 porções de

cocaína, pesando 69,5 gramas; 100 porções de crack, pesando 50,7 gramas e 50 porções de maconha, com peso de 145 gramas –. Tais elementos afastam também a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ante o não atendimento do insculpido no art. 44, III, do CP.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO EVIDENCIADA PELA NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. PENA TOTAL INFERIOR A 4 ANOS. PRIMARIEDADE RECONHECIDA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, ALÍNEA "C", e § 3º, DO CÓDIGO PENAL C/C O ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. AGRAVO DESPROVIDO.

1. 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 penal.

2. Sedimentou-se nesta Corte Superior o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º, do Código Penal em conjunto com o art. 42 da Lei 11.343/2006, que determina a consideração, preponderante, da natureza e quantidade da droga.

3. No caso dos autos, as instâncias ordinárias fundamentaram a fixação do regime mais gravoso, sobretudo em razão da gravidade concreta do delito evidenciada pela grande quantidade e natureza das drogas apreendidas - 7,765kg de maconha; 15 porções de maconha, pesando 106,6g; 29 porções de crack, pesando 15,3g; e 16 porções de cocaína, pesando 12,9g. Todavia, reconhecida a primariedade, com pena base fixada no mínimo legal e diante do quantum da pena aplicada - 3 (três) anos de reclusão -, o regime mais adequado na hipótese é o semiaberto, consoante disciplina o art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 425.881/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado

em 13/3/2018, DJe 22/3/2018)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE. EMBORA O PACIENTE SEJA PRIMÁRIO E TENHA SIDO CONDENADO À PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO, A QUANTIDADE ELEVADA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS JUSTIFICAM O REGIME INICIAL SEMIABERTO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. MANUTENÇÃO. QUANTIDADE, VARIEDADE E NOCIVIDADE DAS DROGAS QUE APONTAM A GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

– Ocorre, todavia, que, embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica, por questão de proporcionalidade, a imposição do regime inicial fechado ao réu primário e condenado à pena reclusiva inferior a 4 anos, fazendo jus o paciente, portanto, ao regime intermediário, qual seja, o semiaberto, nos termos do art. 33, § 3º, do CP e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

– No que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir tal possibilidade, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012.

– Na espécie, embora adimplido o requisito objetivo previsto no art. 44, I, do CP, a nocividade, a variedade e a quantidade dos entorpecentes apreendidos não recomendam a substituição, nos termos do inciso III do art. 44 do CP. Precedentes.

– Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio, apenas para, confirmando a liminar anteriormente deferida, modificar o regime inicial de cumprimento da pena para o semiaberto, mantidos os demais termos da condenação. (HC n.

411.543/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 31/10/2017)

Ante o exposto, com fulcro no art. 34, XX, do RISTJ, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem ex officio** para confirmar a liminar anteriormente concedida e fixar o regime inicial semiaberto ao paciente.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

