HABEAS CORPUS Nº 495.587 - SP (2019/0057893-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	SANTIAGO PASQUETTE PERES
ADVOGADOS	:	FABIO POLIDO CALIS - SP395709
		SANTIAGO PASQUETTE PERES - SP408136
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	SABRINA FERNANDA AMARAL DE MORAES (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de SABRINA FERNANDA AMARAL DE MORAES no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Os autos dão conta de que a paciente foi condenada, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime fechado, além do pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, isso porque, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, trazia consigo e tinha em depósito, respectivamente, 52 (cinquenta e duas) e 213 (duzentas e treze) porções de maconha, além de 1 (um) pequeno tijolo da mesma droga, sendo que as porções pesavam, aproximadamente, 243,3g (duzentos e quarenta e três gramas e três decigramas) e o pequeno tijolo, aproximadamente, 169,3g (cento e sessenta e nove gramas e três decigramas) – e-STJ fls. 179/191.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, que lhe deu parcial provimento para, afastando a majoração da pena-base, "*fixar a pena em 5 anos de reclusão e ao pagamento de 500 dias-multa*" (e-STJ fl. 250), mantendo, no mais, a sentença penal condenatória. Eis a ementa do mencionado acórdão (e-STJ fl. 244):

> *APELAÇÃO CRIMINAL - Tráfico de entorpecentes - Recurso defensivo - Preliminar de nulidade por violação de domicílio - Inocorrência - No mérito, Autoria e materialidade delitiva comprovadas - Bis in idem na consideração do art. 42, da Lei de Drogas, na primeira e terceira fases da dosimetria - readequação da pena - recurso da defesa parcialmente provido.*

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ fls. 295/298).

No presente *writ*, a defesa almeja a aplicação da causa especial de redução de pena em seu grau máximo, qual seja, 2/3 (dois terços); a fixação do regime aberto; a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; e, subsidiariamente, em caso de não aplicação do redutor, a fixação do regime semiaberto como o de início de cumprimento da pena.

Afirma, para tanto, que "*a natureza e a quantidade da droga apreendida não pode, isoladamente, constituir fundamento para negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena"* e que "*a natureza do entorpecente deve ser considerada, à luz do artigo 42 do mesmo diploma legal, quando da fixação da pena-base. EIS QUE, NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA, A SANÇÃO FOI FIXADA E MANTIDA NO MÍNIMO, DE MODO QUE A QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA NÃO PODE MAIS GERAR QUALQUER REPERCUSSÃO NEGATIVA"* (e-STJ fl. 7).

Por isso, requer, liminarmente, que a paciente aguarde em regime aberto ou semiaberto o julgamento da presente impetração; no mérito, a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a fixação do regime aberto como o de início de cumprimento da pena, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e, subsidiariamente, a fixação do regime semiaberto para início de cumprimento da pena (e-STJ fls. 3/22).

A liminar foi deferida para assegurar à paciente o direito de aguardar o julgamento deste *writ* no regime semiaberto (e-STJ fls. 343/346).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem (e-STJ fls. 384/386).

É, em síntese, o relatório.

Na presente impetração, busca o impetrante a aplicação da causa de diminuição descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no seu patamar máximo e a modificação do regime inicial de cumprimento de pena para um diverso do fechado, bem

como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O Magistrado singular assim se manifestou quanto à dosimetria da pena (e-STJ fls. 189/190):

> *Passo a dosar a pena da acusada.*
>
> *Ré primária, sem antecedentes, mas que armazenava expressiva quantidade de drogas e que as entregaria para adolescentes (situação confirmada pela encontro inicial da ré com três adolescentes que empreenderam fuga), a demandar pena acima do mínimo legal.*
>
> *São dados (a diversidade de drogas e a participação de adolescentes) que revelam, inclusive, a participação em organização criminosa, a justificar a elevação das penas, isso é, cinco anos e seis meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três dias-multa, limite mínimo.*
>
> ***Referida pena não encontra circunstâncias atenuantes ou agravantes, descabendo, na terceira fase de fixação da pena, aplicar a causa de diminuição de pena do artigo 33, § 3º, da Lei nº 11.340/06, porquanto, como já frisado, a quantidade de drogas e a circunstância da prisão, com participação de adolescentes, revela não se amoldar a situação em apreço àquele que não participa de organização criminosa***. (Grifei.)

O Tribuna local, reformando parcialmente a sentença, apresentou os seguintes fundamentos (e-STJ fls. 249/250):

> *Merece reparo apenas na dosimetria das penas.*
>
> *A pena-base foi fixada acima do mínimo legal, pois a quantidade de droga apreendida foi levada em consideração nesta fase, desta forma, o mesmo fundamento não pode ser utilizado para afastar a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, conforme entendimento já pacífico no Supremo Tribunal Federal, sob pena de* bis in idem.
>
> *Assim, na primeira fase da dosimetria, deve-se manter a pena-base no mínimo legal, aplicando-se o art. 42, da Lei n. 11.343/06, somente para a aferição da causa especial de diminuição, que mantenho o afastamento, resultando na pena definitiva de 5 anos de reclusão e ao pagamento de 500 dias-multa.*

Sob esse prisma, não vislumbro constrangimento ilegal decorrente da não incidência da referida causa especial de diminuição da pena, uma vez que as instâncias ordinárias deixaram de aplicá-la em razão da grande quantidade de droga a evidenciar que a paciente dedica-se à atividade criminosa.

Além do mais, a desconstituição dos fundamentos adotados pelas

instâncias ordinárias demanda ampla incursão no acervo fático-probatório do processo, tarefa para a qual não se presta o *habeas corpus.*

Sobre o tema, colaciono os seguintes julgados desta Corte:

> *PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTO IDÔNEO. QUANTIDADE DA DROGA. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. PRESENÇA DE INDICATIVOS NOS AUTOS DE DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REVISÃO. VIA IMPRÓPRIA. IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. PREVISÃO LEGAL DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.*
>
> *2. A pena-base fixada acima do mínimo legal, com fundamento na expressiva quantidade de substância entorpecente apreendida - 537,5g de maconha -, é considerada por esta Corte Superior motivação concreta e adequada, não se revelando, assim, desproporção na dosimetria, sobretudo porque o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga na fixação da pena-base. Precedentes.*
>
> *3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a quantidade e a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando demonstrarem a dedicação à atividade criminosa. Precedentes.*
>
> ***4. Evidenciado que a aplicação do benefício foi afastado em virtude das circunstâncias do caso - em especial, a quantidade da droga -, a qual evidenciaria o não preenchimento dos requisitos legais, por se tratar de réu em relacionamento estreito com o crime organizado, inexiste constrangimento ilegal a ser sanado, sendo que 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.***
>
> [...]. *7. Habeas corpus não conhecido, mas, de ofício, concedo a ordem apenas para que o juízo das execuções - haja vista o trânsito em julgado da condenação - proceda à nova fixação do regime inicial de cumprimento da pena, com estrita observância às regras do art. 33 do CP, afastada a previsão legal do art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90, na redação da Lei n. 11.464/2007, nos termos do art.*

> *557, § 1º-A do CPC c/c arts. 3º e 654, § 2º, do CPP*. (HC 260.983/SP, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 5/4/2016, DJe 18/4/2016, grifei.)

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA FIGURA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. INVIABILIDADE. PACIENTE QUE SE DEDICA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. PREJUDICADO O PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REGIME PRISIONAL FECHADO. REFERÊNCIA À HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO DEFERIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> [...]
>
> ***- Esta Corte Superior tem decidido que a quantidade, a variedade e a nocividade da droga apreendida evidenciam a dedicação às atividades criminosas e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.***
>
> *- Hipótese em que não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado pelas instâncias ordinárias com base na quantidade, natureza e diversidade das drogas apreendidas (13,32g de maconha e 78,28g de cocaína) e das circunstâncias em que o delito ocorreu, as quais indicam que o paciente dedicava-se às atividades criminosas. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus.*
>
> [...]
>
> *- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para modificar o regime de cumprimento da pena para o semiaberto.* (HC 323.628/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/4/2016, DJe 2/5/2016, grifei.)

Na hipótese, a sentença, mantida nesse ponto pelo acórdão, fixou o regime inicial para cumprimento da pena nos seguintes termos (e-STJ fl. 190):

> *O regime de cumprimento de pena, ante o caráter hediondo do delito, será inicialmente fechado, facultado o apelo em liberdade, ante a circunstância da ré ter sido solta no curso da instrução.*

Depreende-se que as instâncias ordinárias decidiram com esteio apenas

na gravidade em abstrato do delito, deixando de indicar elementos concretos dos autos que demonstrassem a real necessidade de imposição de regime prisional mais gravoso, o que vai de encontro ao teor dos enunciados 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, bem como do enunciado 440 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõem:

> *Enunciado 718/STF: "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".*
>
> *Enunciado 719/STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".*
>
> *Enunciado 440/STJ: "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".*

Sob tal perspectiva e diante dos parâmetros acima aludidos, entendo que a paciente deve ser submetida ao regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda que lhe foi imposta.

Mantida a reprimenda para o tráfico de drogas em 5 (cinco) anos de reclusão, fica prejudicado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44, I, do Código Penal).

No mesmo sentido:

> *HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.*
>
> *1. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.*

2. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

3. Fixado o regime inicial fechado pelo Tribunal de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a quantidade da droga encontrada na posse do paciente - 80,5 g de maconha - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 356.479/RJ, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 21/06/2016, grifei.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE (242 PORÇÕES DE CRACK, 291 DE COCAÍNA E 39 DE MACONHA). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) NÃO APLICADA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO INDICATIVAS DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO STF. REGIME FECHADO. IMPOSIÇÃO LEGAL. PENA SUPERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. ART. 33, § 2º, ALÍNEA "A", DO CP. GRAVIDADE ACENTUADA DO DELITO. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS (ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL - CP). CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. A pena-base foi aumentada com fundamento na quantidade, variedade e natureza da droga, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06, e a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 desta Lei deixou de ser aplicada em razão das circunstâncias do delito, as quais revelaram o profundo envolvimento do paciente com o tráfico ilícito de entorpecentes, inviabilizando a concessão do benefício.

3. Ainda que assim não fosse, a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase) - por demonstrar que o acusado se dedica a

atividades criminosas ou integra organização criminosa - não configura bis in idem.

4. Trata-se de hipótese diversa daquela versada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar bis in idem a utilização da quantidade de droga "tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

5. Mantida a reprimenda em patamar superior a 8 (oito) anos de reclusão, não assiste amparo normativo quanto ao pedido de alteração, que deve ser o fechado, na forma do art. 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal. Além do mais, a quantidade, variedade e natureza da droga apreendida - 242 porções de crack (85g), 291 de cocaína (120,2g) e 39 de maconha (194g) - (art. 42 da Lei n. 11.343/06) demonstram a gravidade acentuada do delito, corroborando a necessidade de imposição do regime inicial mais gravoso.

6. É incabível a substituição de pena privativa de liberdade superior a 4 anos por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, I, do CP.

Habeas corpus não conhecido. (HC 369.121/SP, relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 28/10/2016, grifei.)

Ante o exposto, **concedo parcialmente a ordem, para assegurar à paciente o regime semiaberto para o cumprimento da pena, ratificada a liminar.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de abril de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator