HABEAS CORPUS Nº 494.379 - SP (2019/0048599-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	FERNANDO CATACHE BORIAN - SP272872
		DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	DIEGO MARTINS RODRIGUES

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de DIEGO MARTINS RODRIGUES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0005057-44.2015.8.26.0302).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 7 anos, 3 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 13/22).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi improvido (e-STJ fls. 23/30), em acórdão assim ementado:

> *APELAÇÃO TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS - Autoria e materialidade delitivas nitidamente delineadas nos autos - Firme palavra dos policiais, dotada de fé-pública, afinada com a do usuário que comprou parte das drogas - Condenação de rigor - Dosimetria - Aumento correto da pena em função da personalidade e histórico do réu - Pleito para modificação da espécie de pena privativa de liberdade, de reclusão para detenção - Descabimento - Resposta jurisdicional bem dosada - Regime fechado de rigor - Recurso defensivo desprovido.*

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/12), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois exasperou a pena-base com fulcro em circunstâncias inidôneas. Para tanto, afirma que atos infracionais não podem ser utilizados para negativar os antecedentes criminais ou a conduta social, além de não ser possível considerar uma circunstância para negativar duas vetoriais, sob pena de indevido *bis in*

idem.

De outra parte, aduz que não há prova concreta no sentido de que o paciente se dedicava a atividades criminosas, razão pela qual o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 deve ser aplicado na fração máxima, sobretudo em razão da inexpressiva quantidade de entorpecentes apreendidos.

Por fim, assevera que o regime prisional deve ser abrandado para aberto ou semiaberto, a depender da pena aplicada, na medida em que o paciente é primário e as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis.

Ao final, formula pedido liminar para que o paciente possa aguardar em liberdade ou em regime semiaberto o julgamento deste *writ* e, no mérito, pede a concessão da ordem para que a sua pena seja reduzida e o regime prisional abrandado, além da substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

O pedido liminar foi indeferido às e-STJ fls. 34/36.

O Ministério Público Federal opinou, às e-STJ fls. 41/45, pela denegação da ordem.

É o relatório. **Decido**.

Inicialmente, cumpre analisar a adequação da via eleita para a manifestação da irresignação contra o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

No caso, a impetração insurge-se contra acórdão do Tribunal de origem que julgou o apelo defensivo, o que, de acordo com a nossa

sistemática recursal, enseja a hipótese do recurso especial.

Dessa forma, o *habeas corpus* em tela não merece conhecimento.

Contudo, a coação ilegal apontada na inicial será analisada, a fim de verificar a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação, de ofício, por este Superior Tribunal de Justiça.

Busca-se, na presente impetração, o reconhecimento da ilegalidade na exasperação da pena-base e na não aplicação da causa especial de diminuição da pena. Em razão do redimensionamento da pena, busca, ainda, a aplicação de regime inicial mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A dosimetria da pena e o estabelecimento do regime prisional inserem-se em um juízo de discricionariedade do julgador e estão atrelados às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, que somente podem ser revistos por esta Corte, em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

No presente caso, pela leitura da sentença e do acórdão impugando, observa-se que a pena-base foi fixada em 1/4 acima do mínimo. Veja-se o que foi consignado pelas instâncias ordinárias:

> *Primeira fase (C P, art, 59, caput)*
>
> *Circunstâncias judiciais:*
>
> *( ) culpabilidade:*
>
> *( ) antecedentes:*
>
> *(X) personalidade do agente não só voltada para o crime, com os de maior gravidade ou perniciosidade, pois, inclusive como o próprio réu hoje admitiu, já foi menor infrator por diversas vezes e até acabou internado na Fundação Casa por ato equiparado a roubo:*
>
> *(X) conduta social há tempos reprovável, como ainda se infere ia circunstância anterior;*
>
> *( ) motivos;*
> *( ) circunstâncias;*

> *( ) conseqüência do crime;*
> *( ) comportamento da vitima.*
>
> *Exasperação merecida em 1/4 porque o mais proporcional ao quanto analisado (**Sentença fl. 19**).*
>
> *Na dosagem das reprimendas a culta magistrada de piso exasperou a pena-base em 1/4 por conta de envolvimentos do réu com a criminalidade, quando menor de idade.*
>
> *E tal aumento se mostrou suficiente, já que além dos envolvimentos pretéritos, atuou na comercialização de quase 120g de maconha na presente hipótese.*
>
> *(**Acórdão fl. 29**)*

Da leitura dos trechos acima, verifica-se que as instâncias ordinárias exasperaram a pena-base por considerarem desfavoráveis a personalidade e a conduta social, em razão da existência de atos infracionais do acusado. Contudo, como é cediço, os atos infracionais não se prestam a majorar a reprimenda, *seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime*.

Nesse sentido, confira-se:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. PERSONALIDADE VALORADA NEGATIVAMENTE. ÓBICE DA SÚMULA 444/STJ. ATOS INFRACIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. READEQUAÇÃO DA PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.*
>
> *2. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar*

discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada.

Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

3. Nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, os atos infracionais anteriormente registrados pelo sentenciado, por não configurarem infrações penais, são inidôneos para subsidiar o aumento da pena base, seja a título de maus antecedentes, personalidade desfavorável ou conduta social inadequada.

4. "É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base" (Súmula 444/STJ). Necessidade de readequação da pena-base ao mínimo legal.

5. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base ao mínimo legal e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser estabelecida pelo Juízo da Execução.

(HC n. 406.943/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 14/9/2017, DJe 21/9/2017)

Dessa forma, a pena-base deve retornar ao mínimo legal.

Em relação ao pleito de aplicação da redutora, verifico que a matéria não foi debatida pela Corte de origem, de forma que a sua análise por este Tribunal Superior configuraria indevida supressão de instância.

Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO MANTIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA PELOS MESMOS FUNDAMENTOS. AUSÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELA CORTE A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. RÉU QUE PERMANECEU

CUSTODIADO DURANTE A INSTRUÇÃO PROCESSUAL. CONSTRIÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. RECLAMO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

1. Inviável a apreciação, diretamente por esta Corte, da tese relativa à aplicação da causa de diminuição da pena do tráfico privilegiado, sob pena de incidir-se em indevida supressão de instância, tendo em vista que a matéria não foi analisada no aresto combatido.

2. Não há ilegalidade na manutenção da prisão preventiva quando demonstrada, com base em fatores concretos, a sua imprescindibilidade para garantir a ordem e a saúde públicas, dada a gravidade da conduta incriminada, evidenciada pelas circunstâncias em que se deu a prisão em flagrante do réu.

3. No caso, a quantidade da substância tóxica apreendida em poder da agente é fator que somado à apreensão de um revólver calibre .38, devidamente municiado, e petrechos comumente utilizados no preparo dos estupefacientes, como balança de precisão, indicam sua dedicação e habitualidade à narcotraficância, autorizando a manutenção da constrição processual, com o fim de evitar que, solto, continue a delinquir.

4. Além do mais, a orientação pacificada nesta Corte Superior é no sentido de que não há lógica em deferir ao condenado o direito de recorrer solto quando permaneceu preso durante a persecução criminal, se persistentes os motivos para a segregação preventiva.

5. Condições pessoais favoráveis, ainda que comprovadas, não têm o condão de revogar a prisão cautelar, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a sua necessidade.

6. Recurso parcialmente conhecido e, na extensão, desprovido.

(RHC n. 105.912/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 19/2/2019, DJe 26/2/2019)

Em razão do afastamento da valoração negativa das circunstâncias judicias referentes à conduta social e à personalidade, necessário refazer a dosimetria da pena.

Na primeira fase, redimensiono a pena-base para o mínimo de 5 anos de reclusão. Na segunda fase, ausentes agravantes ou atenuantes. Na terceira etapa, aumenta-se a pena em 1/6, em razão da causa de aumento do art.

40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006, ficando a pena em 5 anos e 10 meses de reclusão, e 583 dias-multa.

Quanto ao regime, como é cediço, em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexiste a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal.

No caso, o regime fechado, mais severo do que a pena comporta, foi fixado sem fundamentação idônea, em evidente afronta ao art. 93, inciso IX, da Constituição da República e às Súmulas n. 718 e 719/STF, 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.*

Quanto ao regime, foi estabelecido o fechado, com base nos seguintes fundamentos (e-STJ fl. 29):

> *É sabido que a escolha, feita pelo legislador, para estabelecer a espécie de pena privativa de liberdade como sendo de reclusão ou detenção, leva em consideração a gravidade da conduta e seus efeitos, sendo reservada a detenção aos crimes menores. Tratando-se o trafico de entorpecentes, entretanto, de conduta gravíssima, com natureza hedionda e, portanto, com previsão Constitucional para um tratamento mais severo, fica claro o descabimento de tal pleito que, como os demais, deve ser afastado.*

No caso, o regime mais gravoso foi fixado com base na gravidade abstrata do delito, fundamento que não se presta a justificar o fechado. Dessa forma, tendo em vista que a pena é inferior a 8 anos, o paciente

é primário, as circunstâncias judiciais são favoráveis e a quantidade de droga não é expressiva, o regime semiaberto se mostra mais adequado, nos termos do art. 33, § § 2º e 3º, do Código Penal.

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. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO E NÃO EXCEDENTE A OITO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA DO ENTORPECENTE. MODO INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE PARCIALMENTE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.*
>
> *2. 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 organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).*
>
> *3. Concluído pela instância antecedente, com fulcro na variedade dos entorpecentes apreendidos - 81,5g maconha e 30,7g cocaína -, na própria confissão do agente e nos registros de atos infracionais análogos aos delitos de homicídio e de furto que o paciente se dedica a atividade criminosa, a alteração desse entendimento - para fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.*
>
> *4. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o registro de atos infracionais é elemento idôneo para afastar a figura do tráfico privilegiado, quando evidenciar a propensão do agente a práticas criminosas. Precedentes.*
>
> *5. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o*

magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.

6. Embora o Tribunal a quo tenha se valido das circunstâncias do art. 42 da Lei de Drogas para estabelecer o regime mais grave, não sendo expressiva a quantidade de droga apreendida 54 invólucros de maconha (81,5g) e 42 tubos plásticos de cocaína (30,7g), verificada a primariedade do réu e a análise favorável das circunstâncias judiciais, o modo semiaberto é o mais adequado para o início do cumprimento da pena de 5 anos de reclusão.

7. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do atendimento do requisito objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem, concedida, de ofício, para fixar regime inicial semiaberto.

(HC n. 447.045/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 7/8/2018, DJe 15/8/2018)

Por fim, prejudicada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o *quantum* da pena supera o limite previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

Ante o exposto, com base no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno do STJ, **não conheço** do presente *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para redimensionar a pena do paciente para 5 anos e 10 meses de reclusão, e 583 dias-multa e fixar o regime semiaberto.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 02 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator