HABEAS CORPUS Nº 494.436 - SP (2019/0049556-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	MARIO HENRIQUE BACALA RIBEIRO
ADVOGADO	:	MÁRIO HENRIQUE BACALÁ RIBEIRO - SP289862
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	BRUNO LIMA FERREIRA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de BRUNO LIMA FERREIRA em face de acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, assim ementado (fl. 80):

> TRÁFICO DE ENTORPECENTES. Prova robusta da autoria e da materialidade delitiva. Negativas dos apelantes isoladas no quadro probatório e infirmadas pelos relatos seguros dos policiais e pelas circunstâncias da abordagem. Condenações mantidas. Impossibilidade de desclassificação para a figura prevista no artigo 28, da Lei n° 11.343/06. Reprimendas que não comportam redução. Regime fechado necessário. Restituição dos valores apreendidos. Cabimento. Valores pequenos e compatíveis com o perfil socioeconômico dos acusados. Apelos parcialmente providos para devolução dos valores apreendidos.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei 11.343/2006, à pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, e 333 dias-multa.

Sustenta neste *writ*, em suma, constrangimento ilegal por inexistir motivação idônea para a fixação da minorante em grau inferior ao máximo, bem como para o estabelecimento de regime mais gravoso e para a negativa de substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *writ.*

É o relatório.

DECIDO.

Acerca do índice em que aplicada a minorante do tráfico, o Tribunal bandeirante manifestou-se nos seguintes termos (fls. 83/84):

> As penas de BRUNO partiram dos mínimos legais, assim mantidas na fase seguinte, apesar da atenuante da menoridade relativa, pois esta não pode levá-las aquém do piso (Súmula n° 231 do STJ), enquanto, na última fase, elas foram diminuídas na fração de um terço, pelo redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, perfazendo três anos e quatro meses de reclusão e trezentos e trinta e três dias-multa, de valor unitário mínimo.
>
> Ressalte-se não ser caso de aplicação máxima da causa especial de diminuição de pena, diante da quantidade razoável de maconha apreendida

(510,30 gramas).

Com efeito, verifica-se que a redução da pena, em virtude do reconhecimento da causa de diminuição especial do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, foi fixada em fração inferior a máxima (1/3), com fulcro na considerável quantidade de entorpecente apreendido (510,3g de maconha), fundamento que, nos termos da jurisprudência desta Corte, é apto a justificar a escolha da fração de redução em índice inferior ao máximo previsto em lei. Nesse sentido, confiram-se os seguintes arestos:

> 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 NATUREZA DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. QUANTIA E ESPÉCIE DO ENTORPECENTE. MODO SEMIABERTO. ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. FLAGRANTE 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.
>
> 2. A teor 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 integrarem 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, para afastar a aplicação da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.**
>
> **4. Hipótese na qual a instância ordinária, de forma motivada, atenta às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a quantidade e a natureza da droga apreendida - 140 eppendorfs de cocaína (63,7g) -, exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria da pena, para fazer incidir a minorante em 1/3, o que não se mostra desproporcional. Precedentes STJ e STF.**
>
> [...]
>
> 7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.
>
> (HC 434.921/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA,

julgado em 13/03/2018, DJe 19/03/2018)

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 E CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, VI, DO MESMO DIPLOMA. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO. FIXAÇÃO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VIABILIDADE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso em concreto.

3. Na dosimetria do crime de tráfico de drogas, incorre em bis in idem o julgador que se vale da mesma justificativa (prática do crime em companhia de adolescente) para mensurar o grau de redução daquela minorante e para exasperar a pena pela incidência da majorante prevista no art. 40, VI, da mesma lei.

4. Caso em que, afastada a dupla valoração identificada, **a fixação do redutor no patamar de 1/2 decorre da quantidade e da natureza da droga apreendida (20 pinos de cocaína), diante da preponderância de que trata o art. 42 daquele diploma, relevante para a fixação da reprimenda.**

[...]

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar a pena em 2 anos e 11 meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial aberto, substituindo-se a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais.

(HC 300.503/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 10/09/2015)

Relativamente ao regime prisional e à substituição das penas, as ponderações do Tribunal de origem foram assim tecidas (fls. 85/86):

O regime prisional foi fixado corretamente pela sentença para o inicial fechado, para todos os apelantes, de acordo com a Lei nº 11.464/07, e é imodificável, sendo o mais adequado à hipótese em foco para a reprovação e prevenção do crime, não se olvidando, ainda, de que VALDINEI e ANDERSON são possuidores de maus antecedentes e reincidentes.

> Quanto a BRUNO, não há falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, na forma do artigo 44, do Código Penal, pois o delito de tráfico de entorpecentes é equiparado a hediondo, nos termos do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, sem qualquer ressalva, e do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, e tal nomenclatura ("tráfico de entorpecentes") também engloba, obviamente, a conduta para a qual é aplicada a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n° 11.343/06, mesmo porque tal dispositivo traz apenas isso, ou seja, uma causa especial de diminuição de pena, aplicável, como expressamente menciona, aos delitos tipificados no caput e no § 1º do mesmo artigo 33, e não prevê crime diverso daquele, não havendo falar, portanto, com a devida vênia, em "tráfico privilegiado".
> Assim, adequado o entendimento de que "a figura prevista no § 4º, art. 33, da Lei de Drogas, impropriamente denominada privilégio, integra mesmo o tipo penal básico, isto é, não passa de mera causa especial de diminuição da pena cominada para o crime de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes. A propósito, o próprio legislador - que positivou o benefício - cuidou de limitar sua aplicação aos delitos
> definidos no "caput" e no § 1º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, ou seja, ao tráfico de entorpecentes (Embargos de Declaração nº 0007373-78.2014.8.26.0362/50000, Comarca de Mogi Guaçu, 6ª Câmara Criminal do TJ/SP, Rel. Des. Marcos Corrêa, j. em 06.10.2016, V.U.).
> Ademais, ainda que afastada a vedação legal específica, **é necessário, para a substituição de pena corporal por restritiva de direitos, qualquer que seja o crime, a verificação dos critérios legais, previstos no artigo 44, do Código Penal, e notadamente que a medida seja suficiente à repressão e prevenção do delito, conforme o inciso III de tal dispositivo legal. E na hipótese dos autos, além não pode ser considerada ínfima a quantidade de droga apreendida e que seria disseminada a número razoável de usuários.**

Com efeito, observa-se que o regime inicial fechado foi fixado com fundamento na hediondez e na gravidade abstrata do delito. O art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 foi declarado inconstitucional, *incidenter tantum*, pelo Plenário do STF no julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli), sendo, a partir de então, afastada a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, tendo lá ficado consignado que as regras do art. 33 do CP deveriam ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados, daí o constrangimento ilegal.

Nesse contexto, o estabelecimento de regime prisional mais gravoso sem fundamento concreto, contraria o disposto nas Súmulas 440/STJ, 718 e 719/STF, *in verbis*:

> "Súmula 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".
>
> Súmula 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".
>
> Súmula 719/STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

Sendo assim, não se justifica a imposição de regime inicial fechado a paciente primário, condenado à pena reclusiva inferior a 4 anos — 3 anos e 4 meses —, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, em razão da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, fazendo jus o paciente ao regime **aberto**, em atenção ao disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

Por fim, para afastar a substituição das penas foi utilizada fundamentação baseada no caso concreto – quantidade da droga apreendida (510,3g de maconha - fl. 84) –, circunstância específica que se mostra idônea e suficiente para justificar a negativa ao benefício, nos estritos termos do art. 44, III, c/c os arts. 59 do Código Penal e 42 da Lei 11.343/06. Neste mesmo 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. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DO AGENTE EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. APLICABILIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> (...)
> 5. Estabelecida a pena final em 1 ano e 8 meses e sendo desfavoráveis as circunstâncias judiciais (quantidade de droga apreendida - 505 g de maconha), o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva (art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do CP).
> **6. Não se mostra recomendável o deferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, diante da aferição negativa da quantidade de drogas apreendidas (art. 44, III, do CP).**
> 7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 2/3, ficando a pena final em 1 ano e 8 meses de reclusão, mais pagamento de 166 dias-multa, mantido o regime inicial semiaberto. (HC 480.996/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 01/04/2019)

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para abrandar o regime inicial de cumprimento da pena para o aberto.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 08 de abril de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator