HABEAS CORPUS Nº 500.721 - SP (2019/0085369-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO GUILHERME DINIZ BARBOSA - SP308865
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	YGOR DE BRITO DA SILVA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de YGOR DE BRITO DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação Criminal n. 0075210-14.2017.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 416 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 22/27).

Inconformada, a defesa apelou e o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso (fls. 28/40), por acórdão assim ementado:

> *APELAÇÃO CRIMINAL Tráfico de entorpecentes Pedido de absolvição por fragilidade probatória Impossibilidade Provas hábeis a ensejar a condenação do recorrente nos termos em que proferida, evidenciado o intuito de mercancia Penas e regime dosados e fundamentados, não comportando reparos, salientada a aplicação da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas, que já beneficiou sobremaneira o apelante, permanecendo mantida diante da ausência de reclamo Ministerial, bem como a inviabilidade da substituição da reprimenda corporal por medidas alternativas Apelo não provido.*

No presente *mandamus* (fls. 3/14), a impetrante sustenta que o paciente sofre constrangimento ilegal na dosimetria da pena realizada pelas instâncias ordinárias, ao fundamento de que o paciente faz jus à aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em seu grau máximo,

pois preenchidos os requisitos legais para a concessão do benefício.

Insurge-se contra a manutenção do regime inicial fechado, por ser inconstitucional a fixação do regime inicial mais gravoso apenas em razão da apontada hediondez do delito. Uma vez reduzida a pena, aponta que deve ser aplicado o regime inicial aberto, tendo em vista a primariedade do paciente, a pena-base no mínimo legal e a ausência de gravidade concreta da conduta, aplicando-se ao caso os termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

Por fim, aponta ser o caso de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

Ao final, pede, liminarmente, a aplicação do regime inicial aberto e, no mérito, aplicação do redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima, a confirmação do pedido liminar e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 47/49).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem, de ofício (fls. 53/60), nos termos da seguinte ementa:

> *PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. DESCABIMENTO. NARCOTRÁFICO PRIVILEGIADO. DOSIMETRIA DA PENA. MODULAÇÃO DA REDUTORA (1/6) QUE DECORRE DA VALORAÇÃO NEGATIVA DE QUANTIDADE/NATUREZA/DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES APREEDIDOS. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE EM FUNDAMENTAÇÃO ABSTRATA E HEDIONDEZ. PACIENTE QUE FAZ JUS AO REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CARCERÁRIA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. PARECER PELA CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO APENAS PARA ASSEGURAR AO PACIENTE O DIREITO DE INICIAR O CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME SEMIABERTO.*

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, a aplicação do redutor do tráfico privilegiado na fração máxima, a fixação de regime inicial aberto para o cumprimento da reprimenda, e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Para a adequada delimitação das questões, colaciono o excerto seguinte do acórdão atacado (fls. 37/40):

> *[...]*
>
> *Na derradeira etapa, não passou despercebido que o sentenciado foi sobremaneira beneficiado com a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em seu fator de redução mínimo, especialmente considerando-se as circunstâncias do delito, em que o réu possuía considerável quantidade e variedade de entorpecentes em poder dele, quais sejam, crack, cocaína e maconha, com a massa líquida total de 63,05g, considerada a natureza letal dos*

dois primeiros estupefacientes, além de dinheiro, tudo a denotar o forte envolvimento com a atividade criminosa e a impedir a incidência do redutor em comento.

De certo que a "marinheiro de primeira viagem", não seria confiada tal quantidade e variedade de droga, que, ademais, para chegar a seu destino, também dependeria de certo empenho por parte do apelante.

Não se pode olvidar, visa a lei, dentre outros objetivos, atingir, com tal redução, o traficante não habitual, que acaba de se inserir no universo do crime, cuja quantidade, variedade e natureza da droga localizada em seu poder se apresentar capaz de atingir apenas pequeno número de pessoas, e com menor grau de devastação, punindo, em contrapartida, com maior rigor, aqueles que representam maior risco à sociedade, pelas razões inversas.

Assim, as particularidades do caso em análise, citadas acima, sequer autorizariam a diminuição da reprimenda tal qual aplicada, sob pena de afastar-se o julgador do verdadeiro escopo legal. Todavia, nada há que possa ser feito nesta instância, ante a ausência de recurso ministerial, respeitada a proibição da "reformatio in pejus".

Por fim, é de ser dito que o regime prisional fechado para cumprimento da reprimenda afigura-se como o mais adequado à situação 'in concreto', necessário à conscientização da ilicitude e único apto a prevenir nova recidiva, haja vista que, a par do quantum da pena imposta, e de tratar-se de delito extremamente grave, que não raro serve como porta de entrada a inúmeras outras condutas delitivas, desvirtuando indivíduos e ameaçando a ordeira sociedade, cabendo ao Julgador destinar especial cautela ao caso, impedindo a ocorrência de uma falsa impressão de impunidade.

Ademais, inobstante o respeitável posicionamento do I. Magistrado, a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas (ao qual o sentenciado nem mesmo fariam jus) não faz com que o crime de tráfico deixe de ser equiparado a hediondo, inexistindo qualquer ressalva feita pela Constituição Federal ou até mesmo pela Lei dos Crimes Hediondos, sendo certo que, embora embasado em precedente da Corte Suprema, tal decisão foi proferida incidentalmente, não possuindo efeito vinculante.

E, friso, não se trata de um exame da gravidade abstrata do delito, mas de uma análise cuidadosa do caso específico, em que foram apreendidas porções de crack, cocaína e maconha, individualizadas e prontas para o comércio, assim como dinheiro, carecendo o sentenciado, desta feita, de regime

> *prisional mais contundente e eficaz a atender o caráter preventivo e repressivo da pena imposta.*
>
> *Também por isso, não se afigura razoável a substituição da pena corporal, que, no caso concreto, certamente não atenderia ao caráter preventivo e repressivo da reprimenda imposta, equivalendo a verdadeiro incentivo a condutas similares, o que não pode ser admitido.*

Como é cediço, 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.

A causa de diminuição da pena do tráfico privilegiado levou à redução da reprimenda da paciente, na fração de apenas 1/6, tendo como justificativa a quantidade e variedade de drogas apreendidas.

Todavia, sendo, avaliada globalmente, a quantidade de droga apreendida inexpressiva - 10,95g de cocaína, 43,8g de maconha e 8,3g de crack - não autoriza a modulação da fração da causa de diminuição da reprimenda do tráfico privilegiado.

Em verdade, deve, na falta de parâmetros idôneos que justifiquem o maior rigor punitivo, a redutora ser aplicada na fração máxima, **de 2/3**.

Nesse sentido, vejam-se os seguintes julgados:

> *HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS.* ***ALTERAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO PELA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. PATAMAR MÁXIMO.*** *POSSIBILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.*
>
> *1.* ***Fixada a pena-base no mínimo legal e apreendida pequena quantidade de droga - 11 (onze) buchas de maconha, 04 (quatro) pedras de crack e 5 (cinco) papelotes de cocaína -, legítima é a aplicação da minorante (art. 33, § 4.º, da Lei n.º***

***11.343/2006) pelo seu máximo, ou seja, 2/3**. Precedentes.*

2. Ordem de habeas corpus concedida para, com a incidência da mencionada minorante na fração máxima, reduzir a pena do Paciente, relativa ao crime previsto no caput do art. 33 da Lei n.º 11;343/2006, para 1 (ano) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à razão do valor mínimo legalmente estabelecido. (HC 468.227/ES, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 06/11/2018, DJe 23/11/2018)

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MANUTENÇÃO DA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. ALEGAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE AGRAVAMENTO DA PENA DO PACIENTE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. MOTIVOS. LUCRO FÁCIL. IMPOSSIBILIDADE. ARGUMENTO INERENTE AO TIPO DO TRÁFICO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. **CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. VIABILIDADE.** HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

7. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, 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 concreto.

*8. **A natureza constitui fundamento idôneo para justificar a fixação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em patamar inferior ao máximo legal, mas, no presente caso, não se mostra expressiva o suficiente para aplicar fração diversa da máxima**.*

[...]

10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente. (HC 406.467/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 31/10/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE

ENTORPECENTES. INDEFERIMENTO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS - CRACK, COCAÍNA E MACONHA. PACIENTE QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODO O ANDAMENTO DA AÇÃO PENAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. ***CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº.11.343/06. PATAMAR DE REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. FRAÇÃO MÁXIMA DE REDUÇÃO APLICADA. PEQUENA QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS.*** *REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PRIMARIEDADE E MONTANTE DA PENA QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CABIMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 44 DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

3. Não se vislumbra constrangimento ilegal em hipótese na qual foi indeferido o direito de o paciente recorrer em liberdade com base tanto na variedade variedade dos entorpecentes apreendidos - 15 pedras de crack pesando 2,35 g, 16 porções de cocaína com 2,9 g e uma porção de maconha com peso de 57,76 g - bem como no fato de ter respondido preso a toda a ação penal.

4. ***Dada a ausência de fundamentação, deve ser aplicada, na terceira etapa da dosimetria, a fração máxima redutora de 2/3, ante a minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista a pequena quantidade dos entorpecentes apreendidos****. Precedentes.*

[...]

9. Ordem não conhecida, mas concedida, ex officio, para reduzir as penas do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime inicial aberto, e 166 dias-multa, substituindo a pena corporal por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais. (HC 400.137/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 20/06/2017, DJe 01/08/2017)

Passo, portanto, ao redimensionamento das penas do paciente.

Na primeira fase da dosimetria, mantenho a pena-base em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, a qual permanece na segunda etapa,em

razão da ausência de agravantes e atenuantes. Na terceira fase, reconhecida a ilegalidade na não aplicação da redutora do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, em toda a sua extensão, reduz-se a pena na fração máxima de 2/3, motivo pelo qual torna-se a sanção relativa ao crime de tráfico de drogas em **1 ano e 8 meses de reclusão e 133 dias-multa.**

Ademais, vê-se que a Corte local manteve o regime fechado por entender que (fls. 26/27):

> *Outro regime mais ameno não seria possível estabelecer, em função da elevada censurabilidade da conduta praticada e da temibilidade do agente que se envolve em crime da natureza da aqui versada, exigente de tratamento punitivo mais rigoroso, que se alcança com a adoção de maior severidade na execução da pena carcerária, impondo-se ao condenado o cumprimento de todas as fases do processo de ressocialização penal.*

No caso, reconhecida a primariedade do paciente, a não dedicação a atividades criminosas ou a não participação em organização criminosa, tanto que foi aplicada a causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/2006, a alusão tão somente à gravidade do delito é insuficiente para negar ao réu o direito ao regime compatível com o total da pena imposta (no mesmo sentido: HC n. 291.136/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 24/02/2015, DJe 06/03/2015).

Incide, portanto, o enunciado n 440 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, o qual dispõe que *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.*

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis* :

> *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.

Ora, tendo em vista o montante de pena aplicada, em especial após a referida correção no patamar de incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, cabível o regime inicialmente aberto de cumprimento da pena, conforme art. 33, § 2º, alínea *c*, do Código Penal, c/c art. 42, da Lei n. 11.343/2006.

Do mesmo modo, atendendo a paciente aos requisitos do art. 44, do CP, constitui coação ilegal a não substituição da pena na espécie, motivo pelo qual promove-se a substituição da sanção corporal por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo juiz singular.

Nessa linha:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO.* ***TRÁFICO DE DROGAS. CUMPRIMENTO INICIAL EM REGIME FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. SÚMULA 444/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA.*** *HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.*
>
> *[...]*
>
> *2. Nos termos da Súmula 440 desta Corte, "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". Aplicação, também, dos verbetes n. 718 e 719 do STF.*
>
> ***3. No caso, estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão, sendo primário o agente e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, sobretudo quando considerada a não expressiva quantidade de drogas apreendidas - 1 porção de maconha (17,770 g), 2 pinos de cocaína (1,61 g) e 3 pedras de crack (2.07 g), a teor do disposto no art. 33, § 2º, "c", do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas.***
>
> ***4. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código***

> ***Penal, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.***
>
> *5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos da sentença proferida no Juízo de primeiro grau. (HC 354.398/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 17/05/2016, DJe 25/05/2016)*
>
> *[...]*
>
> *FRAÇÃO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI DE DROGAS. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO QUE NÃO SE REVELA EXPRESSIVA. POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA SANÇÃO EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL.* ***POSSIBILIDADE DE ESTABELECIMENTO DE MODO MENOS GRAVOSO PARA O RESGATE DA SANÇÃO RECLUSIVA E A SUA PERMUTA POR REPRIMENDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA****. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.*
>
> *[...]*
>
> *3.* ***Tratando-se de condenado à pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, primário e de bons antecedentes, com quem foi apreendida quantidade de substâncias entorpecentes que não se revela expressiva ou elevada, impõe-se o estabelecimento do regime aberto para o cumprimento inicial da reprimenda privativa de liberdade, bem como a sua substituição por sanções restritivas de direitos.***
>
> *4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena imposta ao paciente para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, e pagamento de 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, fixando-se o regime inicial aberto para o cumprimento da sanção reclusiva, e substituindo-a por reprimendas restritivas de direitos consistentes na prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana. (HC 363.239/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 20/10/2016, DJe 26/10/2016)*

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Todavia, **concedo a ordem, de ofício,** para reduzir as penas da paciente ao novo

patamar de **1 ano e 8 meses de reclusão e 133 dias-multa**, bem como alterar o regime prisional para inicial aberto e substituir as penas corporais por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília/DF, 09 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator