HABEAS CORPUS Nº 500.305 - SP (2019/0082993-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	SOLANGE MARIA PINTO
ADVOGADO	:	SOLANGE MARIA PINTO - SP219242
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	RENAN HEBERTHI DE CASTRO FERREIRA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de RENAN HEBERTHI DE CASTRO FERREIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0000250-93.2017.8.26.0630).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, incidente a minorante prevista no § 4º do mesmo artigo (e-STJ fls. 27/32).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi improvido (e-STJ fls. 20/26), em acórdão assim ementado:

> *Apelação - Tráfico de drogas (art. 33, "caput", da Lei nº 11.343/2006) - Alegação de nulidade do feito criminal, decorrente de revista pessoal realizada por guardas civis municipais - Não configurada - Materialidade e autoria sobejamente comprovadas - Incidência do redutor legal no patamar máximo - Impossibilidade - Fixação de regime prisional menos severo - Inadmissibilidade - Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - Inviabilidade - Sentença condenatória mantida - Recurso não provido.*

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 4/19), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois negou a substituição da pena sem fundamentação idônea. Afirma que o caráter hediondo do crime de tráfico não é impeditivo para a substituição da pena. Também assevera que o paciente é primário, possui bons antecedentes e a

condenação não excede 4 anos, razão pela qual faz jus à substituição da pena. Por fim, assevera que *o magistrado da vara criminal, ao decidir pela fixação do regime inicial fechado, confrontou inúmeros julgados de nossos tribunais* (e-STJ fl. 18).

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a concessão da ordem para que a pena do paciente seja substituída por medidas restritivas de direitos ou para que seja fixado o regime aberto.

O Ministério Público Federal opinou, às e-STJ fls. 123/124, pela concessão 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 fixação do regime mais gravoso e na não substituição da pena

privativa de liberdade por restritivas de direitos.

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.

Além disso, a Terceira Seção desta Corte, em 23/11/2016, ao julgar a Petição n. 11.796/DF, cancelou o enunciado n. 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, firmando tese no sentido de que o tráfico ilícito de drogas, na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), não é crime equiparado a hediondo.

No caso, seguem os fundamentos utilizados pelo Juízo sentenciante, os quais foram secundados pelo Tribunal *a quo*, para fixar o regime inicial fechado (e-STJ fl. 31):

> *A fixação de regime fechado para o tráfico de entorpecentes deve ser imposto, pois, muito embora não se desconheça que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus n.º 111.840/ES (27.06.2012), tenha afastado a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, no caso sub judice a gravidade concreta da conduta já minuciosamente analisada desautoriza o estabelecimento de regime prisional mais brando (cf. artigo 59, III; c.c. artigo 33, § 3º, do Código Penal).*
>
> *Nessa esteira:*
>
> *Nos crimes de tráfico de entorpecentes, a escolha do regime prisional inicial deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e as demais peculiaridades do caso concreto (como a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, por exemplo), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal, se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado. (AgRg no HC nº 322.686/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 25/08/2015, DJe 11/09/2015).*

Assim, ressai da transcrição supra que o recrudescimento do regime prisional baseou-se nas circunstâncias específicas do delito, quais sejam, a quantidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos, sopesadas na terceira fase da dosimetria.

Entretanto, o regime inicial fechado, excessivamente mais severo do que a pena de 2 anos e 6 meses comporta revela-se desproporcional.

Afinal, verifico que o paciente é primário, de forma que que a quantidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos – 84g de cocaína, 50g de crack e 9 g de maconha –, sopesados na terceira fase da dosimetria, somente justificam a fixação do regime intermediário, na esteira do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Nesse sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> *1. O Supremo Tribunal Federal - STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou inconstitucionalidade do § 1º do art. 2.º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.*
>
> *Na hipótese dos autos, após fixar a pena-base no mínimo legal, por considerar favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal - CP, o Tribunal de origem impôs o regime inicial fechado para cumprimento da reprimenda com base na vedação legal contida no artigo 2º, §1º, da Lei n. 8.072/90, o que está em desarmonia com a jurisprudência desta Corte.*
>
> *2. Embora a primariedade do paciente e o quantum de pena aplicado, inferior a 4 anos, permitem, em tese, a fixação do regime aberto, a gravidade concreta do delito, evidenciada pela quantidade e natureza das drogas apreendidas, justifica a imposição do semiaberto, de acordo com o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal e no art. 42 da Lei n. 11.343/06.*
>
> *3. Agravo regimental desprovido.*
>
> *(AgRg no HC 476.546/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN*

PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 05/04/2019)

Quanto à possibilidade de substituição da pena, da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal, em 1º/9/2010, no julgamento do HC n. 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei de Drogas, na parte relativa à proibição da conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por tráfico de entorpecentes.

Todavia, entendo que as circunstâncias do caso concreto não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. De fato, embora o *quantum* de pena fixado seja inferior a 4 (quatro) anos, preenchendo, portanto, o requisito objetivo, observo que as circunstâncias do caso, quantidade e diversidade dos entorpecentes apreendidos – cocaína, maconha, *crack* – não recomendam a substituição.

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. 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.

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. No caso, observa-se flagrante ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus, de ofício.

2. Nos termos do § 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 parâmetros legais para se fixar o quantum dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

4. Caso em que, embora a Corte de origem tenha se utilizado validamente dos parâmetros descritos no art 42 da Lei n. 11.343/2006 para se afastar a benesse legal, uma vez certificada a primariedade e os bons antecedentes do paciente, in casu, a quantidade de droga apreendida é insuficiente para se presumir a sua habitualidade delitiva. Readequação da pena para aplicação do índice de redução em 2/3.

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, 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 confirmar a liminar anteriormente deferida e fixar o regime semiaberto.

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 09 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator