HABEAS CORPUS Nº 502.800 - SP (2019/0097407-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	LAERCIO LUIZ JUNIOR
ADVOGADO	:	LAÉRCIO LUIZ JUNIOR - SP117542
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ALEX RODRIGUES DOS SANTOS (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de ALEX RODRIGUES DOS SANTOS apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 0000043-22.2014.8.26.0300).

Consta dos autos que o paciente foi condenado às penas de 7 anos, 11 meses e 8 dias de reclusão, em regime fechado, e 793 dias-multa, pela prática do crime do art. 33, *caput*, c/c o art. 40, VI (prática do delito envolvendo adolescente, seu irmão, então com 14 anos de idade), ambos da Lei n. 11.343/2006, **tendo em vista a apreensão de 0,920g (novecentos e vinte miligramas) de cocaína** em pó, acondicionados em 6 microtubos plásticos tipo *"eppendorf"* (e-STJ fl. 15).

A apelação criminal da defesa foi parcialmente provida, a fim de reduzir as penas para 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime fechado, e 680 dias-multa. Eis a ementa do acórdão (e-STJ fl. 33):

> *TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRELIMINAR Recurso em liberdade. Impossibilidade. Permanência dos requisitos da prisão preventiva. Rejeição.*
>
> *MÉRITO Configuração. Materialidade e autoria demonstradas. Depoimento do policial militar em harmonia com o conjunto probatório. Negativa do réu isolada Apreensão de razoável quantidade e variedade de drogas (06 eppendorf's de cocaína, com peso de 0,920 gramas) Condenação mantida.*
>
> *PENAS e REGIME DE CUMPRIMENTO Bases reduzidas aos mínimos. Súmula nº 444 do STJ Reincidência. Elevação na fração de 1/6 Causa de aumento do artigo 40, VI, da Lei de Drogas. Acréscimo no coeficiente de 1/6 Inviável a aplicação do redutor do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 Redução da pena de multa. Impossibilidade. Previsão legal em abstrato no tipo penal. Respeito aos limites mínimo e máximo estabelecidos na norma Regime inicial fechado Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos Apelo parcialmente provido para reduzir as penas.*

No presente *writ*, o impetrante alega que estão presentes todos os requisitos para que seja aplicada a causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Por consequência, pede a fixação do regime intermediário.

Requer, liminarmente e no mérito, o reconhecimento da minorante e a fixação do regime semiaberto.

É em síntese, o relatório.

Examinando os autos, infere-se que o Tribunal de origem reformou parcialmente a sentença condenatória, a fim de redimensionar a pena reclusiva para 6 anos, 9 meses e 20 dias, em regime fechado, pela prática do crime do 33, *caput*, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Insurge-se a defesa, alegando que o paciente preenche os requisitos para que seja deferida a causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Ocorre que o redutor foi indeferido pela Corte de origem tendo em vista a reincidência do agente (e-STJ fl. 38).

É importante enfatizar, de início, que a correção da reprimenda penal na angusta via do *habeas corpus* é absolutamente extraordinária, sendo que, no presente caso, não há ilegalidade a ser sanada.

Com efeito, é inviável a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que a minorante do tráfico somente poderá ser aplicada ao agente primário. Dessa forma, "reconhecida a reincidência do paciente, mostra-se inviável a aplicação, em seu favor, da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, haja vista a vedação legal expressa da concessão desse benefício aos condenados reincidentes" (HC n. 141.541/MG, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 28/10/2013).

Sobre o tema, colaciono os seguintes julgados desta Corte:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FALTA DE CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA*

PENA. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. NÃO COMPUTADO LAPSO DE 5 ANOS PARA PERÍODO DEPURADOR. DETRAÇÃO PENAL. SENTENÇA PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N. 12.736/2012. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em recentes decisões, não admitem mais a utilização do habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso, seja a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

2. Apesar de se ter solidificado o entendimento no sentido da impossibilidade de utilização do habeas corpus como substitutivo do recurso cabível, este Superior Tribunal analisa, com a devida atenção e caso a caso, a existência de coação manifesta à liberdade de locomoção, não tendo sido aplicado o referido entendimento de forma irrestrita, de modo a prejudicar eventual vítima de coação ilegal ou abuso de poder e convalidar ofensa à liberdade ambulatorial.

3. Tratando-se de acusado reincidente, não há falar em aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

4. O regime fechado para cumprimento da pena mostrou-se adequado ao total da reprimenda imposta, 5 anos de reclusão, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal, além de ser o paciente reincidente.

5. Proferida a sentença condenatória antes da entrada em vigor da Lei n. 12.736/2012, que alterou o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, a análise da detração deve ser feita pelo Juízo da Execução Penal.

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 322.869/SP, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 03/08/2016, grifei.)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. EXASPERAÇÃO NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA ETAPA DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. VALORAÇÃO NA SEGUNDA E NA TERCEIRA FASE. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

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. O STJ firmou entendimento no sentido de que a utilização de

> *condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes e, ainda, para exasperar a pena, em razão da agravante da reincidência, não caracteriza bis in idem, desde que as utilizadas na primeira fase sejam distintas da valorada na segunda etapa. Precedentes.*
>
> ***3. Os requisitos legais para a incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, de um sexto a dois terços, são: agente reconhecidamente primário, com bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.***
>
> *4. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a utilização da agravante de reincidência para majorar a pena, assim como para afastar a aplicação do redutor previsto na Lei de Drogas, não caracteriza ofensa ao princípio do non bis in idem.*
>
> *5. Reconhecida pelas instâncias ordinárias a reincidência do paciente, torna-se incabível a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porquanto não preenchidos os requisitos legais.*
>
> *6. Habeas corpus não conhecido.* (HC 297.874/SP, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 28/06/2016, grifei.)

Pertinente ao regime inicial fechado para o início do cumprimento da sanção, da mesma forma, não há ilegalidade a ser sanada. Isso porque a condenação imposta ao réu – superior a 4 anos de reclusão –, somada à sua condição de reincidente (e-STJ fl. 39), impede a aplicação do regime intermediário, nos termos do disposto no art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal.

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. PENA FIXADA EM 6 ANOS E 5 MESES DE RECLUSÃO. RÉU REINCIDENTE. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PARECER ACOLHIDO.*
>
> [...]
>
> *2.* ***Redimensionada a pena do paciente, em segunda instância, para 6 anos e 5 meses de reclusão e sendo ele reincidente, não configura constrangimento ilegal a fixação do regime inicial fechado. Aplicou-se, na espécie, o art. 33, § 2º, b, do Código Penal.***
>
> *3. O fato de a agravante da reincidência ter sido compensada com a atenuante da confissão espontânea não impede que seja estabelecido o regime inicial fechado ao réu condenado à pena superior a 4 anos e inferior a 8 anos.*
>
> *4. Writ não conhecido.* (HC 340.760/MS, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em

17/05/2016, DJe 09/06/2016, grifei.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO IMPRÓPRIO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE NO RECONHECIMENTO PESSOAL. INEXISTÊNCIA. ENTREVISTA PESSOAL COM O DEFENSOR. REQUISIÇÃO DO RÉU. IMPOSSIBILIDADE. ÔNUS QUE NÃO PODE SER TRANSFERIDO AO JUDICIÁRIO. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO. REEXAME DO MATERIAL FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NO REMÉDIO CONSTITUCIONAL DO HABEAS CORPUS. REGIME INICIAL FECHADO. PACIENTE REINCIDENTE E PENA FIXADA ACIMA DE 4 (QUATRO) ANOS. LEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

*5. **Nos termos do artigo 33 do Código Penal, é apropriado o regime inicial fechado ao condenado reincidente, nos casos em que a pena aplicada resultar em quantum definitivo superior a 4 anos.***

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 368.540/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 24/08/2018, grifei.)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECUSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. RÉU REINCIDENTE. REGIME FECHADO ADEQUADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

*II - **Os requisitos para a imposição do regime semiaberto, constam no art. 33, § 2º, alínea b, e § 3º, do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos, bem como a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.***

*III - **Sendo o paciente reincidente e fixada a pena em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da sanção, nos termos do art. 33, § 2°, alínea b, do Código Penal, ainda que a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, a manutenção do regime mais gravoso do que o cabível pelo quantum de pena imposta justifica-se na reincidência do paciente.***

Habeas Corpus não conhecido. (HC 434.946/SP, relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2018, DJe 10/04/2018, grifei.)

Ante o exposto, com fundamento no art. 210 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **indefiro liminarmente** o *habeas corpus*.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 10 de abril de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator