HABEAS CORPUS Nº 477.020 - SP (2018/0289496-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	FABIO ROGERIO DONADON COSTA
ADVOGADO	:	FABIO ROGERIO DONADON COSTA - SP338153
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	REINALDO RUFINO DOS SANTOS (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de REINALDO RUFINO DOS SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0000251-49.2016.8.26.0069.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 8 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 800 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 558/590).

Inconformada, a defesa apelou e o Tribunal *a quo* proveu parcialmente o recurso para reduzir as penas aplicadas ao paciente para 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 dias-multa (fls. 718/726).

No presente *mandamus* (fls. 3/33), o impetrante sustenta haver constrangimento ilegal na condenação do paciente pelo delito de tráfico de drogas, ao fundamento de que *a quantidade de droga apreendida é irrisória (1,89 gramas) sendo totalmente compatível com o uso pessoal* e *possui o apelante o princípio in dubio pro reo a seu favor, uma vez que foi comprovada a traficância pelo Órgão acusador, apenas a presença do paciente em local conhecido como ponto de venda de entorpecentes, portanto uma quantidade irrisória de crack, mas de forma alguma restou comprovado o exercício de traficância por parte do acusado* (fls. 7/8). Diante disso, aponta que sua conduta deve ser desclassificada para a prevista no art. 28 da Lei n.

11.343/2006.

Aduz, ainda, que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois manteve o afastamento do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, embora preenchidos os requisitos legais para a sua incidência, uma vez que o *paciente não pertence a nenhuma organização criminosa, para além do que não possui nenhuma condenação com trânsito em julgado, ou seja, é primeiro e possuidor de bons antecedentes* (fl. 21).

Uma vez reduzida a pena aplicada ao paciente, insurge-se contra a aplicação do regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Ao final, liminarmente e no mérito, requer a desclassificação do delito para o previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Subsidiariamente, pretende a aplicação do redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração máxima, com aplicação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 759/761).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus*, mas pela concessão parcial da ordem de ofício (fls. 766/769), nos termos da seguinte ementa:

> *HABEAS CORPUS. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. REGIME INICIAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.*
>
> *- A análise da tese de ausência de materialidade e autoria enseja o reexame-fático probatório, inviável em habeas corpus.*
>
> *- Ausente fundamentação concreta, deve ser aplicada a minorante prevista no art. 33, § 4°, da Lei n. 11.343/06.*
>
> *- A referência genérica à gravidade do crime tráfico de drogas não constitui motivação idônea para justificar a imposição de regime prisional mais severo.*

> *- Cumpridos os requisitos do art. 44 do CP, é direito subjetivo do apenado a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.*
>
> *Pelo não conhecimento, mas pela parcial concessão da ordem, de ofício, para que seja aplicada a minorante do art. 33, §4°, da Lei n. 11.343/06, fixado o regime prisional de acordo com o quantum de pena definitivamente estabelecido e, acaso cumpridos os requisitos do art. 44 do CP, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.*

É o relatório. **Decido**.

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

No tocante ao pleito de desclassificação, cabe ressaltar que o *habeas corpus* não é a via adequada para apreciar tal pedido, tendo em vista que, para se desconstituir o decidido pelas instâncias de origem, mostra-se necessário o reexame aprofundado dos fatos e das provas constantes dos autos, procedimento vedado pelos estreitos limites do remédio heróico, caracterizado pelo rito célere e por não admitir dilação probatória.

Ilustrativamente:

> *HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. AFIRMAÇÃO DE PORTE DA DROGA PARA USO PESSOAL. DESCLASSIFICAÇÃO. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SENTENÇA SUPERVENIENTE. DECISÃO CONDENATÓRIA QUE MANTEVE A SEGREGAÇÃO CAUTELAR PELOS MESMOS FUNDAMENTOS. AUSÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. ADEQUAÇÃO E NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. CAUTELARES ALTERNATIVAS. INADEQUAÇÃO. COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA.*

WRIT NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento este chancelado por esta Corte, ressalvados os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício, o que não se coaduna com o caso em testilha.

2. A tese de desclassificação da conduta delitiva, sob o fundamento de que a paciente seria usuária e não traficante, é questão que não pode ser dirimida em habeas corpus, por demandar o reexame aprofundado das provas a serem produzidas no curso da instrução criminal, vedado na via sumária eleita.

3. O advento de sentença condenatória não enseja a prejudicialidade do reclamo quando, pelo novo título, não se agregam novos fundamentos à manutenção da prisão preventiva.

4. Não há constrangimento ilegal quando a prisão preventiva encontra-se devidamente fundamentada, na forma dos arts. 312 e 315, ambos do Código de Processo Penal, e em alinho à jurisprudência firmada por esta Corte Superior sobre a matéria, notadamente para a garantia da ordem pública.

5. A diversidade - maconha, haxixe, cocaína, ecstasy e LSD - e a elevada quantidade do material tóxico capturado, além da apreensão de uma balança de precisão e considerável quantia em dinheiro, são fatores que indicam a habitualidade da agente com a narcotraficância, autorizando a preventiva.

6. Ademais, 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 segregado durante a persecução criminal, se persistentes os motivos para a preventiva.

7. Revela-se indevida a aplicação das medidas cautelares etiquetadas no art. 319 do Código de Processo Penal quando a custódia preventiva encontra-se amparada na gravidade efetiva do delito e na conseguinte repercussão social, em face do risco causado à ordem e à saúde pública.

8. Habeas corpus não conhecido. (HC 490.833/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 19/03/2019)

Não obstante isso, o tribunal local, com base no acervo probatório entendeu pela comprovação da traficância, cuja conclusão segue transcrita

(e-STJ fl. 723):

> *[...]*
>
> *Assim, em que pese os argumentos da defesa, a condenação era mesmo de rigor, não sendo o caso de desclassificação para o delito previsto no art. 28, da Lei nº 11.343/2006, posto que as circunstâncias em que ocorreram a prisão do apelante não evidenciam tratar-se de mero usuário de drogas, nos exatos termos previstos do art. 28, da Lei 11.343/06, o que também afasta a tese da desclassificação pretendida para o delito de uso próprio.*

Nesse contexto, entendimento diverso, como pretendido pelo impetrante, repito, demandaria a imersão vertical no acervo fático e probatório carreado aos autos, providência incabível na via processual eleita, não havendo que se falar, portanto, em absolvição por insuficiência probatória.

Busca-se, ainda, na presente impetração, a aplicação do redutor do tráfico privilegiado. Quanto ao ponto, cabe observar que, 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.

No caso dos autos, assim se manifestou o juízo sentenciante ao negar a aplicação do benefício ao paciente (e-STJ fl. 583):

> *[...]*
>
> *Observo, ademais, não ser o caso de se reconhecer a incidência da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, uma vez que o acusado, à vista da quantidade de entorpecentes localizada em sua posse, quando trazia consigo as substâncias para posterior venda, demonstrou íntimo e inequívoco envolvimento com as atividades ilícitas, além de possuir MAUS ANTECEDENTES. Ademais, pelos documentos carreados aos autos já mencionados, dessume-se que o acusado se dedica às atividades criminosas. Por conseguinte, torno definitiva a pena de 08 (oito) anos de reclusão e pagamento de 800 (oitocentos) dias-multa.*

E assim a Corte local ao manter a negativa a sentença (e-STJ fl. 724):

> *[...]*
>
> *Incabível o reconhecimento da causa de diminuição da Lei de Drogas, posto que para fazer jus ao benefício, o agente deve preencher, simultaneamente, todos os requisitos legais constantes do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06. In casu, o apelante além de possuir maus antecedentes, tentou desfazer-se das drogas arremessando-as na via pública após ordem de parada dos policiais.*

Com efeito, da leitura dos trechos acima transcritos, verifica-se que não foram atendidas as diretrizes previstas para o reconhecimento do privilégio, uma vez que as instâncias de origem destacaram, expressamente, que o paciente possui maus antecedentes.

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. ILEGALIDADE. INOCORRÊNCIA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. APLICAÇÃO EM PATAMARES DIFERENCIADOS NOS DOIS CRIMES. PROPORCIONALIDADE. OBSERVAÇÃO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO AO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, ORDEM DENEGADA.*
>
> *1. O habeas corpus, como é cediço, não é meio próprio para pretensão absolutória, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes do writ.*
>
> *Hipótese em que as instâncias de origem concluíram, com arrimo nas provas e fatos constantes dos autos, que tanto o delito de tráfico quanto de associação restaram plenamente caracterizados.*
>
> *Reportando-se a diversos elementos de convicção, a sentença considerou a associação estável do paciente para a prática do crime de tráfico de drogas. Para se chegar a conclusão diversa,*

> *atendendo-se à pretensão de absolvição, seria necessário proceder à análise do conjunto fático-probatório amealhado ao feito, o que não se admite em sede de habeas corpus, via angusta por excelência. 2. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus.*
>
> *3. Na espécie, não existe ilegalidade no tocante à fixação da pena-base acima do mínimo legal, sob o vetor negativo da culpabilidade, porquanto a "especial perniciosidade e vilaneza da organização criminosa integrada pelo acusado, Comando Vermelho" revela fundamentação suficiente à exasperação na primeira fase de fixação da reprimenda.*
>
> *4. O quantum utilizado para aumento da reincidência, na segunda fase dosimétrica observou proporcionalidade, não sendo utilizado critério matemático único para ambos os crimes, eis que houve aumento de 1 ano quanto ao delito de tráfico de drogas e de 6 meses para o de associação para o tráfico.*
>
> *5. Tratando-se de réu reincidente, inviável a concessão da benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, que dispõe que "(...) as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços (...) desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".*
>
> *Além disso, a condenação pelo cometimento do crime de associação para o tráfico também afasta a possibilidade de reconhecimento do tráfico privilegiado.*
>
> *6. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa parte, ordem denegada.* (HC 438.025/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018)

Quanto ao regime prisional, sabe-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do **regime inicial fechado** para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

O regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser

estabelecido, mas, para tanto, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

> *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 n. 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.*

No entanto, no caso dos autos, apesar de o montante da pena (**5 anos e 10 meses de reclusão**) comportar, em princípio, o **regime inicial semiaberto**, verifico que a pena-base não foi fixada no mínimo legal em razão dos maus antecedentes do paciente, circunstância esta que justifica o recrudescimento do regime, inexistindo, portanto, coação ilegal a ser sanada por esta Corte.

A propósito:

> *PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÕES CRIMINAIS ANTERIORES COM MAIS DE CINCO ANOS DE EXTINÇÃO DA PENA. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. PERÍODO DEPURADOR PREVISTO NO ART. 64, I, DO CP. INAPLICABILIDADE. SISTEMA DA PERPETUIDADE ADOTADO QUANTO AOS ANTECEDENTES. MINORANTE AFASTADA EM RAZÃO DOS MAUS ANTECEDENTES. REGIME FECHADO MANTIDO PELA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PLEITO DE PERMUTA DA PENA PREJUDICADO. AGRAVO DESPROVIDO.*
>
> *1. Este Superior Tribunal de Justiça tem posicionamento consolidado no sentido de que condenações criminais anteriores*

com mais de cinco anos de extinção da pena podem ser sopesadas, no momento da fixação da pena-base, para dosar a reprimenda, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do sistema da perpetuidade: ao contrário do que se verifica na reincidência (CP, art. 64, I), o legislador não limitou temporalmente a configuração dos maus antecedentes ao período depurador quinquenal.

2. Quanto à minorante, tem-se que, nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas poderão ter 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. No entanto, reconhecida pela instância ordinária os maus antecedentes do recorrente, torna-se incabível a aplicação da mencionada benesse, porquanto não preenchidos os requisitos legais (Precedentes).

3. Como é cediço, a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e os a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

4. Na hipótese, observa-se que o recorrente foi condenado a pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado para cumprimento inicial da pena, que foi devidamente fundamentado consoante dispõe o art. 33, e parágrafos, do Código Penal e a Súmula 269/STJ, não havendo, portanto, qualquer desproporcionalidade na imposição do meio inicialmente mais gravoso para o desconto da reprimenda, pois, nada obstante ser a pena inferior a 8 (oito) anos de reclusão, a circunstância judicial desfavorável do art. 59 do Código Penal que implicou a majoração da pena-base (maus antecedentes), justificou a imposição do regime fechado.

5. Indeferida a pretensão de aplicação da minorante no grau máximo e mantida pena superior a 4 anos, o pleito de permuta da pena corporal por restritivas de direitos está prejudicado, porquanto ausente o requisito legal previsto no artigo 44, I, do Código Penal.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1413465/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 19/03/2019)

Por fim, mantida a pena fixada na origem, inviável a sua

substituição por restritiva de direitos.

Ante todo o exposto, com base no art. 34, inciso XX, do RISTJ, **não conheço** do *habeas corpus.*

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 12 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator