HABEAS CORPUS Nº 471.479 - RS (2018/0253525-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS	:	RAFAEL RAPHAELLI - RS032676 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	:	RUAN DIAS BITENCOURT (PRESO)

DECISÃO

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de RUAN DIAS BITENCOURT, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no julgamento da Apelação n. 0138669-96.2018.21.7000.

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática dos delitos tipificados no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, e no art. 329 do Código Penal, na forma do art. 69 do mesmo Código (tráfico de entorpecentes e resistência em concurso material de crimes), à pena de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 500 dias-multa, para o crime de tráfico de drogas; e à pena de 3 meses de detenção, em regime aberto, para o crime de resistência (fls. 172/183).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual deu parcial provimento ao recurso, para reduzir a pena do delito de resistência para 2 meses de detenção. O acórdão restou assim ementado, *in verbis*:

> *APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. RESISTÊNCIA. RECURSO DO RÉU. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA. PELO DELITO DE RESISTÊNCIA REDUZIDA. TRÁFICO DE DROGAS. As narrativas dos policiais são coerentes e unânimes no sentido de que estavam em patrulhamento de rotina quando avistaram o acusado que, ao notar a presença da guarnição, empreendeu fuga em direção a um matagal. Na fuga, o acusado dispensou um objeto, tendo, os agentes, logrado êxito em abordá-lo momento depois. Resgatado o objeto, constatou-se tratar-se de uma pochete na qual havias 32 buchas de maconha, pesando em torno de 51 gramas, 30 buchas de cocaína, pesando cerca de 16 gramas; e 97 pedras de crack, pesando aproximadamente 28 gramas. A versão do réu*

restringe-se à tese de "enxerto" de drogas. Os depoimentos prestados por policiais revestem-se de eficácia probatória, a qual restará comprometida apenas quando não encontre apoio nos demais elementos ou em face de má-fé devidamente constatada, o que não é o caso dos autos. Ademais, não é crível que agentes estatais, no exercício da função, atribuíssem, aleatória e injustamente, responsabilidade por crime a terceiro inocente. Condenação mantida. RESISTÊNCIA. Restou demonstrado o animus de ameaçar a integridade física do agente, diante da resistência ao cumprimento do ato legal, caracterizando o delito. Condenação mantida.

PENA. 1. Para o tráfico de drogas, ainda que não se opere, pelo fundamento apontado pelo juiz sentenciante, em desfavor do réu as vetoriais personalidade, conduta social e motivos do crime, as outras circunstâncias (quantidade, diversidade e natureza da droqa), por si, justificam, suficientemente a pena-base aplicada, nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/06. 2. Para o delito de resistência, não restando nenhuma vetorial negativada, impõe-se a redução da pena-base ao mínimo legal. 2. O réu ostenta, além do presente processo, quatro registros por suposta prática de furtos, três com denúncia recebida e um com condenação ainda não definitiva, todos por fatos anteriores. Neste contexto, o histórico criminal revela dedicação a atividades criminosas, o que impede o reconhecimento da causa de diminuição prevista no artigo 33. § 4º da Lei nº 11.343/06. MULTA. O pedido de isenção com base na alegada impossibilidade financeira deve ser formulado perante o Juízo da Execução Penal.

REGIME. A despeito - do quantum de pena estabelecido, as peculiaridades do caso concreto autorizam a , manutenção do regime inicial mais gravoso (fechado) para o tráfico de drogas. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (fl. 237/238).

No presente *mandamus*, a defesa alega afronta ao princípio da *ne reformatio in pejus*, bem como ao disposto no art. 617 do Código de Processo Penal, uma vez que o Tribunal *a quo* afastou as circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis pelo Juízo de primeiro grau, sem, contudo, reduzir a pena-base para o mínimo legal, alegando que a quantidade e natureza das drogas justificariam o aumento. Afirma, assim, a existência de agravamento da situação do paciente pelo Tribunal de origem em recurso exclusivo da defesa, tendo em vista que tais circunstâncias não teriam sido levadas em consideração pelo Magistrado sentenciante.

Sustenta, ainda, que faz jus ao regime inicial semiaberto, de acordo com o art. 33, § 2º, b, do Código Penal. Assevera que não estaria suficientemente justificada a imposição de regime mais gravoso.

Requer, em liminar e no mérito, o redimensionamento da pena-base e a

fixação do regime prisional semiaberto ao paciente.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 262/265). As informações foram prestadas pelas instâncias ordinárias (fls. 272/280, 281/321 e 322/337).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (fls. 340/344).

É o relatório.

Decido.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Passo à análise das alegações expostas na inicial tão somente para verificar se existe flagrante constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem de ofício.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, o redimensionamento da pena-base, tendo em vista a exclusão das circunstâncias judiciais consideradas no primeiro grau, bem como a fixação do regime prisional semiaberto ao paciente.

O paciente foi preso em flagrante trazendo consigo 32 buchas de maconha, pesando 51g; 30 buchas de cocaína, pesando 16g e 97 buchas de crack, pesando 28g, sendo necessário o uso de força para contê-lo.

Diante disso, o Magistrado singular, condenou o paciente pela prática dos delitos de tráfico e resistência, fixando a respectiva pena-base do primeiro delito 1 ano acima do mínimo legal, fixando reprimenda total em 6 anos de reclusão e 500 dias-multa, em regime inicial fechado, sob os seguintes fundamentos:

> *PASSO À DOSIMETRIA DA PENA:*
> *1ª Fase - Pena Base*
> *Ao analisar as circunstâncias do art. 59 do CP c/c o art. 42 e 43 ambos da Lei n° 11.343/06, concluo que:*
> *A culpabilidade, considerada como grau de reprovação da conduta, não apresenta elementos que refogem daquela própria ao delito a que foi condenado, já estando sopesada na fixação dos limites da pena em abstrato.*
> *O réu não registra antecedentes criminais, a teor da súmula n° 444 do STJ.*
> ***Quanto à personalidade, verifica-se que o acusado***

responde a outros processos criminais pela prática de delitos contra o patrimônio, sendo conhecido no meio policial, indicando que possui personalidade voltada para o crime.

A conduta social do acusado deve ser considerada como negativa, uma vez que afirmou ser morador de rua, sem endereço fixo, e usuário de drogas, evidenciando com isso irresponsabilidade na sua conduta e demonstrando não ter interesse em alinhar-se a um caminho digno de trabalho e convivência social com vista a assumir responsabilidades.

Motivação desprezível, transcendendo àquela do ilícito apurado. Mesmo diante de tantas e seguidas campanhas contra as drogas, cujos malefícios são amplamente divulgados, o réu continua buscando dinheiro e vantagem em detrimento do próximo, que geralmente é um viciado em drogas, contribuindo para a manutenção do vicio.

Conseqüências e Circunstâncias são comuns ao tipo penal.

Não há falar em comportamento da vítima, haja vista que é a sociedade, através da incolumidade pública.

A quantidade e diversidade das substâncias apreendidas é desfavorável, tratando-se de 32 buchas de maconha (51 g), 30 buchas de cocaína (16g) e 97 pedras de crack (28g), o que é considerável de acordo com os padrões de uma cidade com 15 mil habitantes.

Assim, sopesadas as moduladoras, e lembrando que a pena cominada ao delito previsto no art. 33, caput da Lei de Drogas é de 05 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão, entendo suficiente e proporcional fixar a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão. *Quanto ao crime de resistência, cuja pena cominada ao delito é de 02 meses a 2 anos de detenção, entendo suficiente e proporcional fixar a pena-base em 03 (três) meses de reclusão.*

2ª Fase - Pena Provisória

Ausentes causas agravantes e atenuantes, a pena provisória resta fixada em 06 anos de reclusão quanto ao crime de drogas e 3 meses de detenção para a resistência.

3ª Fase - Pena Definitiva

Ausentes causas de aumento e diminuição de pena, a pena definitiva resta fixada em 06 (seis) anos de reclusão quanto ao crime de drogas e 3 (três) meses de detenção para a resistência.

PENA PECUNIARIA CUMULATIVAMENTE APLIUAUA

No tocante à pena de multa, considerando-se as circunstâncias judiciais já analisadas (art. 59 do CP) e por desconhecer as condições econômicas do réu (arts. 49, §1°, e 60, do CP), fixo em 500 (quinhentos) DIAS-MULTA para o crime de drogas (art. 33 da Lei 11.343/06), sendo cada dia-multa no valor de 1/30 do salário-mínimo vigente à época do fato, quantia esta a ser corrigida monetariamente desde a data do fato (art. 49, §2°), pelo IGP-M.

CONCURSO MATERIAL DE CRIMES

> *Considerando o concurso material, seria caso de soma das penas aplicadas. Porém, por se tratar de penas diversas, não há como somá-las.*
>
> *Assim, torno definitivas as penas do réu em 06 (seis) anos de reclusão para o delito de drogas (1º fato) e em 03 (três) meses de detenção para o delito de resistência (2º fato).*
>
> *REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA*
>
> ***Considerando a quantidade de pena, as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, a quantidade de droga apreendida e a incidência da Lei n. 8.072/90 (Lei dos crimes hediondos), fixo o regime inicial FECHADO para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do artigo 33, § 2º, "b", do Código Penal.*** *Quanto ao crime de resistência, fixo o regime inicial ABERTO para cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, §2°, "c° do CP.*
>
> *Outrossim, em observância ao art. 387, §2° do CPP, cabe ressaltar que o condenado está cumprindo prisão cautelar, o que deve ser descontado do restante da pena a cumprir e apreciado pelo juízo da execução se deve ser alterado o regime inicial de cumprimento da pena.*
>
> *SUBSTITUIÇÃO DE PENA e SURSIS*
>
> *Deixo de substituir a pena privativa de liberdade aplicada por restritiva de direitos, porque não estão preenchidos os requisitos exigidos pelo art 44 do Código Penal (inciso I). Pelos mesmos motivos, incabível o beneficio da suspensão condicional da pena, uma vez que não estão preenchidos os requisitos exigidos pelo art. 77 do Código Penal* (fls. 181/183).

Por sua vez, o Tribunal *a quo*, deu parcial provimento ao apelo do paciente para reduzir a pena do pelo delito de resistência para 2 meses e, manteve a pena do crime de tráfico fixada na sentença, embora tenha afastado duas circunstâncias judiciais da pena inicial, nestes termos:

> *PENA*
>
> *A magistrada a quo fixou a pena-base em 06 anos de reclusão, no delito de tráfico de drogas, e em 03 meses de detenção, no delito de resistência,* ***valorando negativamente as vetoriais personalidade, conduta social, motivos, quantidade e natureza da droga.*** *Destaco trechos da sentença acerca da valoração, para ambos os delitos, das vetoriais presentes no artigo 59 do Código Penal:*
>
> *(...)*
>
> ***A aferição da vida pregressa, com base em inquéritos policiais e ações penais em andamento, não serve para agravar a pena-base (Súmula nº 444/STJ).***
>
> *Segundo NUCCI, a conduta social "é o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança etc". Destaca o autor que "conduta social não é mais*

sinônimo de antecedentes criminais", sendo que sua apuração "pode ser feita por várias fontes, mas é preciso boa vontade e dedicação das partes envolvidas no processo, bem como do juiz condutor da instrução.

O fato de ser morador de rua, sem comprovação do exercício de trabalho, não é elemento apto a desvalorar a conduta social do acusado. Neste sentido, é a orientação do STJ: "[...] não se mostra razoável considerar desfavorável a conduta social apenas em razão de o paciente não ter comprovado ocupação lícita. Afinal, o fato de uma pessoa não estudar nem trabalhar não enseja a conclusão de que está necessariamente propensa a delinquir [...]" (HC 338975/RJ, Rei. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5^{9} T., j. em 24/11/2015) e "[...] a conduta social afere a interação do agente em seu meio, ante familiares, amigos e vizinhos, não cabendo, pois, negativá-la ante a sua vivência delitiva ou pelo fato de não possuir ocupação lícita, que em nada se mostra prejudicial às suas relações de convivência [...]" (HC 203731/MG, Rei. Min. Nefi Cordeiro, T,, j. em 22/09/2015).

Inviável considerar como desfavorável a vetorial "motivos do crime" com base na obtenção do lucro fácil, pois tal objetivo, no crime de tráfico de drogas, é elemento integrante do tipo penal (STJ, HC 355732 / RS, 5a T,, Rei. Min. Jorge Mussi, j. em 18/08/2016).

Para o delito de tráfico de drogas, ainda que não se opere, pelo fundamento apontado pelo juiz sentenciante, em desfavor do réu as vetoriais personalidade, conduta social e motivos do crime, as outras circunstâncias (quantidade, diversidade e natureza da droga), por si, justificam suficientemente a pena-base aplicada.

Embora tenha se instalado dissídio jurisprudencial no âmbito do STJ (a 5ª Turma mantém entendimento mais pacificado de que a proibição de reformatio in pejus não impede acréscimo de fundamentos, sopesadas as mesmas circunstâncias fáticas, pelo Tribunal ad quem, óbvio que mantida a pena imposta na instância original; segundo a 6ª Turma, no entanto, se o Tribunal ad quem exclui fatores que aumentaram a pena, há de reduzi-la), ***a meu sentir, a exclusão de alguma circunstância do art. 59 do CP erroneamente valorada na sentença, mesmo em recurso exclusivo da defesa, não impõe automática redução proporcional da pena-base. Desde que mantido o apenamento e respeitados os limites da imputação e a prova produzida, possível realizar nova ponderação sobre a dosimetria aplicada pelo juízo a quo, encontrando melhor fundamento e motivação própria, sem que se esteja a violar o non reformatio in pejus, sequer de forma indireta. O fenômeno decorre do amplo efeito devolutivo da apelação e do princípio constitucional da individualização da pena. Agregado/explicitado fundamento para manter uma pena já quantificada, coloca-se sobre a reprimenda o selo da razoabilidade, que seria rasgado, para aquém da justa medida, se descontada qualquer fração matemática.***

No caso, foram apreendidas 32 buchas de maconha, pesando em torno de 51 gramas, 30 buchas de cocaína, pesando cerca de 16 gramas, e 97 pedras de crack, pesando aproximadamente 28 gramas. Assim, a quantidade, mormente a considerar a natureza

bastante lesiva de dois dos entorpecentes apreendidos (cocaína e crack), pode ser tida por expressiva, autorizando a majoração das penas, nos termos do artigo 42 da Lei nc 11.343/06.

Para o delito de resistência, afastada a valoração negativa da conduta social e dos motivos, não resta nenhuma outra circunstância negativa, de modo que reduzo a pena-base ao mínimo legal, 02 meses de detenção.

No que concerne à aplicação da minorante prevista no artigo 33, § 4Q, da Lei n5 11.343/06, o acusado não preenche os requisitos legais.

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que "a existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem afastar a incidência da minorante do art. 33, § 4Q, da Lei n. 11.343/2006, quando permitem concluir que o agente é habitual na prática delitiva". A Terceira Seção consolidou o referido entendimento nos autos do EResp ne 1.431.091/SP, de Relatoria do Ministro Felix Fischer (j. em 14/12/2016).

Assim, a conclusão, a partir da análise do histórico criminal, de que o acusado efetivamente está inserido na cadeia criminosa é elemento apto a impedir o reconhecimento da minorante.

No caso, o réu ostenta, além do presente processo, quatro registros por suposta prática de furto, três com denúncia recebida e um com condenação ainda não definitiva, todo por fatos anteriores. Neste contexto, o histórico criminal revela dedicação a atividades criminosas, o que impede o reconhecimento da causa de diminuição prevista no artigo 33, da Lei n» 11.343/06.

(...)

REGIME

A despeito do quantum de pena estabelecido, as peculiaridades do caso concreto, todavia, autorizam a fixação do regime inicial fechado para o tráfico de drogas.

Em observância aos critérios previstos no artigo 33, §§ 2e e 3Q, do Código Penal, levando em conta, a par da diversidade (três espécies), a quantidade de drogas, que não pode ser tida por pouco significativa, a considerar duas delas de natureza lesiva, o que foi considerado em desfavor das circunstâncias judiciais, a potencializar a venda a varejo, com maior periculosidade, adequada a fixação de regime inicial mais gravoso (fechado).

Pelo exposto, dou parcial provimento ao apelo, para reduzir a pena pelo delito de resistência para 02 meses de detenção, mantidas as demais disposições da sentença (fls. 332/336).

Quanto à alegada *reformatio in pejus*, não há se falar em constrangimento ilegal, porquanto a jurisprudência desta Corte possui o entendimento de que *"o efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar*

acerca da dosimetria, regime inicial e demais questões relativas às peculiaridades do crime, a examinar as circunstâncias judiciais e rever a invidualização da pena, seja para manter ou reduzir a sanção final imposta ou para abrandar o regime inicial. Neste aspecto, é possível nova ponderação das circunstâncias que conduza à revaloração destas, mesmo se tratando de recurso exclusivo da defesa, sem que se incorra em reformatio in pejus, desde que a situação final do réu não seja agravada" (AgRg no AREsp 628.568/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 11/05/2016).

Outros julgados nesse sentido:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO. DOSIMETRIA. REFORMATIO IN PEJUS. INEXISTÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
>
> *I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.*
>
> *II - A jurisprudência da Quinta Turma deste Tribunal Superior se firmou no sentido de que o efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar acerca da dosimetria, regime inicial e demais questões relativas às peculiaridades do crime, a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, seja para manter ou reduzir a sanção final imposta ou para abrandar o regime inicial.*
>
> ***III - Mesmo se tratando de recurso exclusivo da defesa, é possível nova ponderação das circunstâncias que conduza à revaloração sem que se incorra em reformatio in pejus, desde que a situação final do réu não seja agravada, conforme ocorreu na hipótese, em que a pena final se restou inalterada. Precedentes.***
>
> *Habeas corpus não conhecido* (HC 489.528/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 01/03/2019).

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA NO DOBRO DO MÍNIMO LEGAL, COM LASTRO EM TRÊS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS (CULPABILIDADE DO AGENTE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA*

PARA A EXASPERAÇÃO DA SANÇÃO BÁSICA. QUANTUM DESPROPORCIONAL. REDUÇÃO PARA A FRAÇÃO PRUDENCIAL DE 1/6 PARA CADA VETORIAL NEGATIVADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- No tocante à dosimetria da pena, sabe-se que a sua revisão, na via do habeas corpus, é possível somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC n. 304.083/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).

- O entendimento desta Corte firmou-se no sentido de que, na falta de razão especial para afastar esse parâmetro prudencial, a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve obedecer à fração de 1/6 sobre o mínimo legal, para cada vetorial desfavorecida.

- O efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal local, quando instado a se manifestar sobre a dosimetria da pena, a realizar nova ponderação dos fatos e circunstâncias em que se deu a conduta criminosa, mesmo em se tratando de recurso exclusivamente defensivo, sem que se incorra em reformatio in pejus, desde que não seja agravada a situação do réu, vale dizer, que não seja elevada a sua reprimenda ou recrudescido o regime de cumprimento.

(...)

- Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente ao novo patamar de 6 anos e 3 meses de reclusão, mantidos os demais termos da condenação (HC 464.591/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 14/02/2019).

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. REGIME PRISIONAL. MODO SEMIABERTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior entende que é permitida, ainda que em sede de recurso exclusivo da defesa, a revisão dos fundamentos apresentados na dosimetria da pena e na fixação do regime prisional, desde que não se agrave a situação do réu, sem que se caracterize indevida reformatio in pejus. Precedentes.

2. Esta Corte Superior tem função precípua em pacificar a aplicação de Lei Federal em todo o território nacional, não havendo falar em flagrante ilegalidade no caso em concreto diante da grande quantidade de droga apreendida - (865 gramas de cocaína no total) -, a

qual foi inclusive considerada para modular o quantum da causa de diminuição.

3. Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 474.929/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 15/02/2019).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. RECEPTAÇÃO. ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. BENS DE ORIGEM ILÍCITA ENCONTRADOS NA POSSE DO PACIENTE. ALEGAÇÃO DEFENSIVA DE DESCONHECIMENTO OU CONDUTA CULPOSA. PROVA DEFENSIVA NÃO PRODUZIDA. DOSIMETRIA. READEQUAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO PELO TRIBUNAL. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. COGNIÇÃO DA APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO EFETIVO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Uma vez consignado no acórdão recorrido que os áudios extraídos do terminal telefônico interceptado demonstram que o Recorrente tinha pleno conhecimento da origem ilícita da motocicleta que possuía, a revisão da condenação pelo crime de receptação dolosa exigira amplo reexame probatório, o que não é possível no habeas corpus.

2. Quando há a apreensão do bem resultante de crime na posse do agente, é ônus do imputado comprovar a origem lícita do produto ou que sua conduta ocorreu de forma culposa. Isto não implica inversão do ônus da prova, ofensa ao princípio da presunção de inocência ou negativa do direito ao silêncio, mas decorre da aplicação do art. 156 do Código de Processo Penal, segundo o qual a prova da alegação compete a quem a fizer. Precedentes.

3. O Tribunal de origem, sem aumentar a pena privativa de liberdade imposta ao Paciente, modificou a fundamentação da dosimetria da pena, a fim de migrar uma condenação pretérita que não se qualificava tecnicamente como reincidência para a avaliação desfavorável dos antecedentes penais na primeira fase da dosimetria, o que não implica reformatio in pejus.

4. Nos termos da atual jurisprudência desta Corte Superior, em razão do efeito devolutivo amplo da apelação, é possível à segunda instância, ao reconhecer a inidoneidade de fundamentação exarada na sentença, substituí-la por motivação diversa, desde que a situação final do recorrente não seja agravada. Este reexame integral da dosimetria, desde que não implique o agravamento da sanção imposta ao Paciente, não configura reformatio in pejus, violação aos limites recursais ou ofensa ao sistema acusatório.

5. No caso concreto, a alteração de fundamentação promovida pela Corte de origem não tornou mais gravosa a pena imposta ao Recorrente, mas o colocou em situação mais favorável que a

> *da sentença condenatória, uma vez que, além de manter a sanção privativa de liberdade no mesmo patamar, foi afastada a reincidência e seus efeitos negativos sobre a execução penal*
>
> *6. Agravo regimental desprovido* (AgRg no HC 446.942/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, DJe 18/12/2018).

Noutro ponto, quanto ao regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade do paciente, entendo que o acórdão do Tribunal de origem está devidamente fundamentado.

É firme neste Tribunal Superior de Justiça a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal – CP. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê:

> *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.*

No mesmo sentido, são os enunciados ns. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam:

> *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.*

Ademais, sedimentou-se, nesta Corte Superior, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º, do Código Penal em conjunto com o art. 42 da Lei 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

No caso dos autos, não evidencio ilegalidade na manutenção do regime fechado pela Corte estadual, que se baseou na gravidade concreta do delito, pois, embora

o *quantum* de pena aplicado (6 anos de reclusão), permitam em tese, a fixação do regime semiaberto, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, tendo em vista a quantidade, variedade e natureza das substâncias entorpecentes apreendidas – 32 buchas de maconha, pesando 51g; 30 buchas de cocaína, pesando 16g e 97 buchas de crack, pesando 28g –, o que justifica a imposição do regime prisional mais gravoso, no caso o fechado, de acordo com o disposto no art. 33, § 3º, do CP e 42 da Lei n. 11.343/06. Inaplicáveis, portanto, os enunciados n. 440/STJ e n. 718/STF.

Nesse diapasão, vejam-se os seguintes julgados:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
>
> *1. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, mostra-se devido o aumento da reprimenda na primeira fase da dosimetria, com base na natureza de uma das drogas apreendidas - cocaína, a qual é dotada de alto poder viciante.*
>
> *2. Não há como aplicar a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando verificado que as instâncias ordinárias - dentro do seu livre convencimento motivado - apontaram diversos elementos concretos dos autos que evidenciam que as circunstâncias em que perpetrado o delito em questão não se compatibilizariam com a posição de um pequeno traficante ou de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a atividades criminosas, notadamente ao tráfico de drogas.*
>
> ***3. Mostra-se devida a imposição do regime inicial fechado ao agente condenado a reprimenda superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão que ostenta circunstâncias judiciais desfavoráveis (com a fixação da pena-base acima do mínimo legal). Inteligência do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, do Código Penal, com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.***
>
> *4. Uma vez que o agravante foi condenado a reprimenda superior a 4 anos de reclusão, não há como ser determinada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por ausência de preenchimento do requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.*
>
> *5. Agravo regimental não provido* (AgRg no HC 489.276/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 25/03/2019).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. AÇÕES PENAIS EM CURSO. ERESP 1.431.091/SP. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTOS IDÔNEOS A AFASTAR O BENEFÍCIO. REGIME PRISIONAL FECHADO. ADEQUADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL QUE ELEVOU PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CP, E ART. 42 DA LEI DE DROGAS). SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. MONTANTE DA PENA QUE NÃO ATENDE AO REQUISITO OBJETIVO PREVISTO NO INCISO I DO ART. 44 DO CP. WRIT NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n. 1.431.091/SP, em sessão realizada no dia 14/12/2016, firmou orientação no sentido de que inquérito policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, por indicarem que o agente se dedica a atividades criminosas.

III - O paciente ostenta circunstância judicial desfavorável que elevou a pena-base acima do mínimo legal, nos termos do art. 42, da Lei de Drogas. Desse modo, fixada a pena acima de 4 anos e existindo circunstância judicial desfavorável, fica afastada a possibilidade de fixação do regime diverso do fechado, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

IV - Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o quantum da pena supera o limite previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido (HC 479.581/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 13/02/2019).

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 09 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator