HABEAS CORPUS Nº 486.904 - SP (2018/0346500-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	ANDREA VALDEVITE
ADVOGADO	:	ANDRÉA VALDEVITE - SP189417
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	VALDELICE BENTO DE SANTANA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de VALDELICE BENTO DE SANTANA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

A paciente foi condenada pelo Juízo da 1ª Vara Criminal de Sertãozinho à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, bem assim ao pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, pelo crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, sendo-lhe concedido o direito de recorrer em liberdade.

Segundo o apurado, a paciente guardava e tinha em depósito, para fins de mercancia, **200g (duzentos gramas) de cocaína e 100g (cem gramas) de maconha**.

Interposta apelação pela defesa, a 8ª Câmara de Direito Criminal da Corte de origem negou provimento ao recurso em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 25):

> *Apelação – Tráfico ilícito de entorpecentes – Condenação – Recurso defensivo – Absolvição – Improcedência – Materialidade e autoria demonstradas – Firmes e coerentes depoimentos dos policiais civis – Validade – Intuito mercantil comprovado nos autos – Apreensão de 200g de cocaína e 100g de maconha – Condenação mantida – Dosimetria – Pena-base fixada no mínimo legal – Diminuição das penas em 1/3 em decorrência da aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas – Inaplicabilidade da substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos – Benesse que não se mostra suficiente para reprovação e prevenção do crime – Regime inicial fechado adequadamente fixado – Recurso não provido.*

Nesta oportunidade, a impetrante sustenta que o cumprimento da pena deve ocorrer em regime aberto, conforme o art. 33, § 2º, *c*, do Código Penal, pois a manutenção do regime inicial fechado, além de contrariar dispositivos legais, impõe constrangimentos à paciente. Alega que o tráfico não tem natureza hedionda e invoca o disposto nos enunciados 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal (STF).

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 41/44).

Ouvido, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem (e-STJ fls. 65/69).

É, em síntese, o relatório.

Na espécie, o magistrado singular, ao realizar a dosimetria da pena do delito de roubo circunstanciado, assim se manifestou (e-STJ fls. 18/23):

> *Respeitado o sistema trifásico, fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão, pois não há circunstâncias favoráveis ou desfavoráveis que ensejariam a modificação de pena nesta fase.*
>
> *Na segunda fase não há circunstâncias agravantes ou atenuantes, ressaltando que não houve confissão, nem mesmo parcial.*
>
> *No terceiro estágio não há causas de aumento. Reconheço a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, diminuindo a pena em 1/3, considerando a gravidade do delito, os efeitos provocados na sociedade, a natureza, quantidade e diversidade da droga apreendida. Pena fina, portanto, em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.*
>
> [...]
>
> *Fixo o regime inicial fechado para cumprimento da pena, por se tratar de crime equiparado a hediondo.*

A Corte Estadual, ao negar provimento ao recurso defensivo e manter o regime fechado, apresentou estas justificativas (e-STJ fls. 24/32):

> *O regime inicial fechado se mostra adequado em razão da pena aplicada. Assim, referido regime é de suma importância para a prevenção e repressão do crime de tráfico de drogas em nosso país, o qual vem assumindo uma proporção sem precedentes, além de merecer a conduta do acusado uma maior repressão por parte do Estado.*

Sobre o assunto, rememoro que, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, bem como a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do Código Penal). Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte Superior, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que aquele que permitir a pena aplicada, quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito.

Na espécie, as instâncias ordinárias fixaram o regime prisional fechado

levando em conta a gravidade em abstrato do delito, fundamento que ora se afasta. Contudo, também fizeram referência à natureza, diversidade e quantidade de entorpecentes apreendidos – **200g (duzentos gramas) de cocaína e 100g (cem gramas) de maconha**, circunstância que autoriza a conclusão de que a conduta da paciente reveste-se de maior grau de reprovabilidade, a justificar a fixação de regime prisional intermediário, nos termos dos enunciados das Súmulas n. 718 e 719 do STF, bem como do enunciado da Súmula n. 440 do Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõem:

> *Enunciado 718/STF: "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".*
>
> *Enunciado 719/STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".*
>
> *Enunciado 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 diapasão, confiram-se:

> *PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO. SÚM. 7/STJ. REGIME FECHADO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA VALORADA NA PRIMEIRA FASE. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE REQUISITO OBJETIVO. BIS IN IDEM. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO NÃO PROVIDO.*
>
> *1. O Tribunal de origem, com base no acurado exame do material fático-probatório dos autos, foi categórico em afirmar que a acusada se dedica à prática de atividades criminosas, de modo que a alteração do julgado encontra óbice na Súmula 7/STJ.*
>
> *2. O regime fechado é o adequado para o cumprimento da reprimenda, como o imediatamente mais severo do que a pena aplicada, diante das circunstâncias e quantidade de droga apreendida - 536g de cocaína.*
>
> *3. Mantida a reprimenda em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, ficam prejudicados os pedidos de fixação do regime aberto e de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos por não atenderem ao requisito objetivo.*
>
> *4. É entendimento pacificado nesta Corte que inexiste bis in idem quando a quantidade e a natureza da droga são consideradas na primeira fase da dosimetria da pena e, logo depois, no momento da fixação do regime inicial do cumprimento da reprimenda.*
>
> *5. Não há falar em dupla valoração de circunstancia judicial, pois a*

minorante foi afastada devido a dedicação da agravante a criminalidade. Ademais, "é inviável a discussão, em sede de agravo regimental, de matérias que sequer foram objeto do recurso especial, por se tratar de inovação recursal." (AgRg no AREsp 889.252/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 24/8/2016).

6. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 608.206/MG, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/06/2017, DJe 09/06/2017)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. NATUREZA E ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. RAZOABILIDADE. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. NÃO APLICAÇÃO. INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. POSSIBILIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS. NÃO CUMPRIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. ART. 44, I, DO CP. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A natureza e a quantidade da droga (2.475g de cocaína) justificam a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

2. Indicadas circunstâncias concretas aptas a afastar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, a qual exige que o agente seja primário, possua bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa, não há falar em violação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

3. A pretensão de reverter a conclusão da Corte de origem, no sentido de que o agente integra organização criminosa, implica o revolvimento de matéria fático-probatória, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

4. A existência de circunstância judicial desfavorável autoriza a imposição de regime imediatamente mais gravoso do que previsto para o quantum de pena aplicado.

5. Mantida a pena reclusiva superior a 4 anos, ausente o requisito objetivo para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, I, do CP.

6. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 723.077/SP, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 25/10/2016)

Sob tal perspectiva, considerada a quantidade de pena aplicada, a primariedade da paciente e as circunstâncias judiciais favoráveis, vislumbro a existência de constrangimento ilegal decorrente da imposição do regime fechado, pois o regime

imediatamente mais gravoso seria o semiaberto, o qual se revela mais adequado à prevenção e à repressão do delito, conforme o art. 33, § 3º, do Código Penal.

À vista de tais pressupostos, **concedo a ordem apenas para impor à paciente o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena, nos autos do Processo 0007303-35.2014.8.26.0597.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 15 de abril de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator