HABEAS CORPUS Nº 498.304 - SP (2019/0071670-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		RODRIGO GRUPPI CARLOS DA COSTA - SP389339
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	DANIEL MARINHO GOUVEIA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de DANIEL MARINHO GOUVEIA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, a 5 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do delito de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06). A sentença foi mantida em apelação interposta pela defesa (Recurso n. 0000453-28.2017.8.26.0542).

No presente *writ*, a impetrante sustenta, em síntese, que o paciente preenche todos os requisitos para a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 e também para a fixação de regime mais brando.

Requer, em liminar e no mérito, a concessão da ordem nesses termos.

Indeferido o pedido liminar (fls. 48/49) e prestadas as informações pela autoridade coatora (fls. 54/74), o Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem para fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena (fls. 76/82).

É o relatório.

Decido.

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante constrangimento ilegal ao direito de locomoção.

No caso, o paciente foi preso em flagrante na posse de 69 invólucros plásticos de cocaína, com peso de 25,64g, e 24 invólucros plásticos de maconha, com peso de 33,17g, processado e condenado por tráfico de drogas. A causa de diminuição de

pena (§ 4º) deixou de ser aplicada sob os seguintes fundamentos:

> **Sentença:**
>
> *[...] Outrossim, conquanto o reu seja primário, não faz jus à aplicação do disposto no art. 33, §4°, da Lei n° 11.343/06 ante a sua dedicação ao tráfico, pois na oitiva judicial admitiu que o fazia havia um mês, ou seja, ele adotou o comércio espúrio como profissão e continuaria a exercê-lo continuamente (dada a notória lucratividade) caso não fosse detido, razão pela qual seu perfil não se enquadra ao aludido benefício à luz do permissivo previsto no art. 42 da norma regente, que tem amplo respaldo jurisprudencial: [...]* (fl. 14).

> **Acórdão:**
>
> *[...] Deve ser destacado que o Apelante não se apresenta como um traficante de primeira viagem; como por ele mesmo afirmado já há um mês estava traficando no local, a demonstrar que está arraigado nesta atividade criminosa, estava por demais envolvido na atividade ilegal de forma regular e permanente, como meio de vida, o que já impede a concessão do benefício pretendido, devendo ser ressaltado, ainda, que a quantidade e diversidade das drogas apreendidas indicam significativa lesão ao bem jurídico tutelado, a saúde pública. [...]* (fls. 40/41).

Os trechos acima demonstram que as instâncias ordinárias, com base nas provas produzidas na instrução criminal, sobretudo no depoimento do paciente, concluíram que ele se dedicava a atividades criminosas. Afirmar o contrário exige o revolvimento de matéria fática, o que vedado em *habeas corpus*.

A propósito:

> *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. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.*
>
> *[...]*
>
> *2. Os requisitos legais para a incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas são agente reconhecidamente primário, com bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.*
>
> ***3. Concluído pelas instâncias ordinárias, com***

fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e na natureza da droga apreendida, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.

4. Mantido o quantum da sanção imposta (5 anos de reclusão), é incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal), assim como a alteração do regime prisional para o aberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", do CP.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 330.342/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 27/4/2016)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS E INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Não há falar em bis in idem na dosimetria da pena, haja vista que a exasperação da pena-base deu-se em razão da quantidade e natureza da substância entorpecente apreendida - 514,3 kg de cocaína - , e a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por sua vez, foi negada por entenderem as instâncias de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas e integrava organização criminosa, motivos diversos, pois.

2. Concluído pelas instâncias ordinárias, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas e integrava organização criminosa, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

3. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal,

segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

4. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, com base nas circunstâncias do caso concreto, considerando-se a quantidade e a natureza da droga apreendida - 514,3 kg de cocaína (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 353.208/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 29/04/2016)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS IDÔNEAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. [...] CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Rever o entendimento externado pela Corte de origem para o fim de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 demandaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, inviável em sede de habeas corpus.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto (HC 344.751/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 19/04/2016).

Noutro ponto, merece reforma o regime prisional aplicado. É firme neste Tribunal 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. A propósito, a Súmula n. 440 desta Corte, que consagra o seguinte entendimento:

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 as Súmulas de ns. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal – STF, que preconizam:

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.

O regime inicial fechado estabelecido na sentença e mantido pelo acórdão impugnado não se sustenta, ante a ausência de fundamentação idônea, sobretudo se consideradas as circunstâncias judiciais favoráveis de que cuida o art. 59 do Código Penal, primariedade do réu, a quem foi imposta reprimenda definitiva superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, e considerando que a quantidade de droga apreendida não foi expressiva – 25,64g de cocaína e 33,17g de maconha – cabível a imposição do regime semiaberto para iniciar o cumprimento da sanção corporal, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Nesse sentido:

REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO. REGIME INICIAL. DESPROPORCIONALIDADE AO QUANTUM FINAL DA PENA. ALTERAÇÃO PARA O MODO ABERTO. NECESSIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Tratando-se de condenado à pena inferior a 8 (oito) anos de reclusão, primário e de bons antecedentes, impõe-se o estabelecimento do regime semiaberto para o cumprimento inicial da reprimenda privativa de liberdade.

2. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC 412.583/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 4/5/2018)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Uma vez que ficou expressamente reconhecida a ausência de provas suficientes para concluir pelo vínculo associativo

estável e permanente porventura existente entre o paciente e os demais membros da organização criminosa, não há como aceitar que a sua ligação, de forma eventual, com a referida facção criminosa seja elemento suficiente o bastante para obstar a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

2. Pelos elementos delineados nos autos e pelas afirmações feitas pelas próprias instâncias de origem, verifica-se que o "vínculo eventual" do paciente com integrantes da organização criminosa conhecida como Comando Vermelho evidencia, tão somente, a prática de tráfico de drogas pelo acusado em concurso de agentes.

3. A complexidade da operação, a magnitude do tráfico de drogas, a possível multiplicidade de pessoas envolvidas (membros da organização criminosa conhecida como Comando Vermelho), evidenciam que a redução da reprimenda - pela incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 - no patamar de 1/6 se mostra a mais adequada e suficiente para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

4. Visto que o paciente foi condenado a reprimenda superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, era tecnicamente primário ao tempo do delito, possuidor de bons antecedentes e teve a pena-base fixada no mínimo legal, deve ser estabelecido o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.

5. Ordem parcialmente concedida para: a) aplicar em 1/6 a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e, por conseguinte, reduzir a reprimenda do paciente para 4 anos e 2 meses de reclusão e pagamento de 416 dias-multa; b) fixar o regime inicial semiaberto para cumprimento de pena (HC 394.574/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 6/11/2017).

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para o início de cumprimento da pena do paciente.

Publique-se. Intimações necessárias.

Brasília, 15 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator