

HABEAS CORPUS Nº 502.683 - SP (2019/0096400-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RODRIGO AUGUSTO TADEU MARTINS LEAL DA SILVA -
SP330858
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CRISTIANO DOS SANTOS SILVA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de CRISTIANO DOS SANTOS SILVA, contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO que negou provimento à Apelação n. 0000409-30.2017.8.26.0535, interposta pela defesa.

Nesta via, sustenta o impetrante, em síntese, que o paciente preenche os requisitos para a obtenção da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 na fração máxima, tendo em vista que o réu é primário, de bons antecedentes, inexistindo indícios de que integre organização criminosa ou que se dedique a atividades criminosas.

Assevera que, aplicado o redutor, o paciente fará jus ao regime aberto previsto no art. 33, §2º, c, do CP, com substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, nos termos do art. 44, I, do CP.

Requer a concessão sumária e definitiva da ordem constitucional para que seja aplicada a fração máxima da minorante do tráfico, mitigado o regime prisional para o aberto e substituída a pena por restritivas de direito.

Pedido liminar indeferido, às e-STJ fls. 248-249.

Informações prestadas às e-STJ fls. 252-307 e 309-317.

O Ministério Público manifestou-se, às e-STJ fls. 319-325, pela denegação da ordem, em parecer com a seguinte ementa:

PENAL - PROCESSUAL PENAL - HABEAS CORPUS C/C PEDIDO LIMINAR - CRIMES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE - CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO E USO INDEVIDO DE DROGAS - REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA-BASE - IMPROCEDÊNCIA - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - LIVRE CONVECIMENTO FUNDAMENTADO DO JULGADOR - REEXAME DOS FATOS - AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

É o relatório.

DECIDO.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a

insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do art. 105, inciso III, da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

No que se refere ao sustentado constrangimento ilegal decorrente da não incidência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, verifica-se que o Tribunal *a quo* manteve a sentença, no ponto, sob o seguinte fundamento (e-STJ fls. 237-238):

[...]

Por derradeiro, no tocante ao pedido de aplicação do redutor previsto no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, sabe-se que para sua concessão faz-se necessária a presença dos requisitos ali previstos, quais sejam: o agente deve ser primário, de bons antecedentes, não pode se dedicar as atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

No caso dos autos, tendo em vista a quantidade e a diversidade de drogas apreendidas, as circunstâncias da prisão e as demais provas colacionadas aos autos, tem-se que o apelante se dedica à atividade criminosa, estando envolvido com o comércio de drogas, realizando mercancia ilícita, de modo que incabível a aplicação do benefício.

Quanto à dosimetria, adequada a r. sentença quanto à primeira fase e segunda fase. Ressalte-se que no caso dos autos que as circunstâncias preponderantes (art. 42), bem como os antecedentes do Réu não autorizaram aumento de pena na primeira fase, pelo que fixou a base no patamar mínimo, em reclusão, de 05 (cinco) anos e multa, de 500 (quinhentos dias-multa), no mínimo. Não havia atenuantes ou agravantes a considerar, mas ainda que não fosse assim a base foi fixada no patamar mínimo incidindo a Súmula 231 do STJ, de modo que a base deve tornar-se a definitiva, à míngua de quaisquer outras circunstâncias capazes de alterá-la.

[...]

Na presente hipótese, verifica-se que o acórdão recorrido rejeitou a aplicação do redutor previsto no parágrafo 4º do art. 33, da Lei n. 11.343/2006, fundado na quantidade e diversidade da droga apreendida, aliada as circunstâncias da prisão. A partir da análise das provas produzidas nas instâncias ordinárias, o colegiado de origem reconheceu tratar-se de mercancia ilícita, o que representa motivação idônea para impedir a aplicação do referido benefício.

Ademais, a reanálise por esta Corte Superior dos fundamentos utilizados no acórdão recorrido implicaria no revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, o que é incompatível com a estreita via do *mandamus*.

Nesse sentido:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE POR VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. CRIME PERMANENTE. JUSTA CAUSA CONFIGURADA. INOCORRÊNCIA DE ILEGALIDADE. DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. APETRECHOS. EVIDENCIADA DEDICAÇÃO CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO. 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.

[...]

6. A teor do disposto no § 4º do art. 33 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 integrem organizações criminosas.

7. Como é cediço, o legislador ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

8. Assentado pelas instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, que o paciente faz do comércio ilícito de entorpecentes uma atividade habitual, 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.

9. Writ não conhecido.

(HC 437.178/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 06/06/2019, DJe 11/06/2019)

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 N. 11.343/2006. NÃO

PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE EXPRESSIVA DA DROGA APREENDIDA. SUBSTITUIÇÃO. PENA MANTIDA EM PATAMAR SUPERIOR A 4 ANOS. INVIABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção do 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. A incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa.

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

4. Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quando a quantidade de entorpecentes apreendidos permitem aferir que o agente se dedica a atividade criminosa.

5. O STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, assentou que inexistente a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

6. A valoração negativa da natureza e quantidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso.

Precedentes.

7. No caso, embora o paciente seja primário, condenado a pena privativa de liberdade superior a 4 e que não excede 8 anos de reclusão, a expressiva quantidade da droga apreendida justifica a fixação do regime inicial fechado, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

8. Negado o reconhecimento do tráfico privilegiado e mantida a condenação do paciente em patamar superior a 4 anos de reclusão, fica prejudicado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

9. Habeas corpus não conhecido. (HC 453.165/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado

em 21/06/2018, DJe 29/06/2018)

De outro vértice, no que tange ao regime, verifica-se que o TJSP manteve o modo de cumprimento da pena sob os seguintes fundamentos (e-STJ fl. 238).

[...]

No que toca ao regime de cumprimento de pena, considerando-se especialmente o quantum de pena imposta ao réu, a natureza e quantidade de droga apreendida, as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, do Código Penal e as preponderantes do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, entende-se adequado o regime fechado fixado para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade.

In casu, verifica-se que, de fato, não foi apresentada motivação capaz de sustentar o agravamento do regime prisional. Observa-se que o modo inicial fechado foi escolhido apenas com base na gravidade em abstrato do delito, adotando-se elementos próprios do crime de tráfico, o que, nos termos do reiterado entendimento adotado por este Sodalício, é insuficiente à determinação do sistema prisional mais gravoso, sobretudo quando a pena-base não ultrapassa o mínimo legal, como no caso dos autos.

A matéria, aliás, está sumulada no âmbito desta Corte, no enunciado n. 440, a saber:

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.

O Supremo Tribunal Federal também possui orientação firmada acerca do tema, cristalizada nos verbetes n. 718 e 719, respectivamente:

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.

Nesse norte, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. DESCABIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 do excelso Supremo Tribunal Federal, em relação ao regime de cumprimento da prisão, é uniforme no sentido de que "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" (Súmula 718/STF), e que "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea" (Súmula 719/STF).

III - "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" (Súmula n. 440/STJ).

IV - Na hipótese, verifica-se que o regime inicial fechado foi determinado tão somente com base na majorante do emprego de arma de fogo e na gravidade abstrata do delito, não tendo sido apresentado fundamento concreto para imposição de regime mais gravoso do que o cabível em razão do quantum de pena aplicado.

V - Desse modo, sendo os réus primários, fixadas as penas-base no mínimo legal e considerada como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime inicial semiaberto mostra-se mais adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para estabelecer o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena dos pacientes, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 442.914/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 08/05/2018)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. 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. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou

incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

3. Com base no julgamento do HC 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime de associação para o tráfico e de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

4. Hipótese em que o regime inicial mais gravoso foi fundamentado apenas na gravidade abstrata do crime de associação para o tráfico de drogas.

5. O quantum da condenação, inferior a 4 anos, a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea c, do CP, além da substituição por restritivas de direitos.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais.

(HC 437.290/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 08/05/2018)

Assim, fixada a reprimenda em 5 anos de reclusão e considerando-se a favorabilidade das circunstâncias judiciais, nota-se presente a ilegalidade arguida, mostrando-se viável o estabelecimento do modo **semiaberto**, nos termos do art. 33, § 2º, b, e § 3º, do CP.

Por fim, em relação à possibilidade de substituição da pena corporal por sanções restritivas de direitos, tem-se que tal questão não foi examinada pelo Tribunal de origem, circunstância que evidencia a impossibilidade de análise da impetração por este Sodalício, sob pena de supressão de instância.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL. ABRANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. A instância a quo promoveu o recrudescimento do regime inicial de resgate para o modo semiaberto com fundamento na grande quantidade de entorpecente apreendida, nos termos do art. 33, § 3º, do CP e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. Não se vislumbra na espécie a plausibilidade da postulação

defensiva, pois esta Corte Superior de Justiça consolidou o entendimento de que "A valoração negativa da natureza e quantidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso." (HC 453.165/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 29/06/2018).

3. A questão referente à substituição da pena corporal por sanções restritivas de direitos não foi examinada pelo Tribunal de origem, circunstância que evidencia a impossibilidade de análise da impetração por este Sodalício, sob pena de supressão de instância.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 443.822/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 08/04/2019)

Ante o exposto, com fundamento no artigo 34, inciso XX, do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça, **não se conhece** do presente *habeas corpus*, **concedendo-se**, contudo, a ordem de ofício, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para fixar o regime prisional **semiaberto** para início do cumprimento da pena pelo paciente.

Comunique-se. Intime-se. Publique-se.

Brasília (DF), 12 de junho de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator