HABEAS CORPUS Nº 511.601 - SP (2019/0145808-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	JAILTON RODRIGUES DOS SANTOS
ADVOGADO	:	JAILTON RODRIGUES DOS SANTOS - SP300610
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	LUCAS DE BRITO RAIMUNDO VIEIRA DA COSTA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício de LUCAS DE BRITO RAIMUNDO VIEIRA DA COSTA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal n. 0002067-94.2017.8.26.0210.

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* c.c o art. 40, inc. III, ambos da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas), à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado.

O Tribunal *a quo* negou provimento à apelação da defesa.

No presente *writ*, o impetrante sustenta que não foram consideradas, na sentença, a menoridade relativa do paciente, a quantidade insignificante de droga apreendida, a confissão espontânea, bem como sua primariedade e bons antecedentes.

Requer, assim, a redução da pena.

Indeferido o pedido de liminar e prestadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *mandamus*, nos termos da seguinte ementa:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADEQUAÇÃO DA VIA. TRÁFICO DE DROGAS. EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA. PERDA DO OBJETO. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. NÃO CONHECIMENTO.*
>
> *1. É pacífica a jurisprudência no sentido de que não deve ser conhecido o habeas corpus impetrado como substitutivo de recurso, cabendo, porém, a verificação da existência de flagrante ilegalidade que justifique a concessão da ordem de ofício.*
>
> *2. O impetrante busca que o paciente "seja posto em Liberdade, confirmando a medida liminar eventualmente deferida, em definitivo até o transito em julgado do devido processo legal".*
>
> *3. Conforme informações prestadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o acórdão condenatório transitou em*

julgado, não restando obstáculo para o início do cumprimento da pena, com o consequente recolhimento do paciente à prisão. Diante disso, deixa de existir a controvérsia na qual se alicerçou a impetração, sobrevindo a perda do objeto do writ.

4. Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus. (fl. 281)

É o relatório.

Decido.

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

No caso, o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, tendo as instâncias ordinárias fixado a pena sob a seguinte fundamentação:

Sentença:

[...]

Feitas as devidas considerações, passo à aplicação da pena.

Não há circunstância judicial desfavorável, assim imponho a pena base no mínimo legal de 05 anos de reclusão, e 500 dias-multa.

Não há agravantes ou atenuantes.

Na terceira fase, aplico a causa de aumento prevista no artigo 40, III (estabelecimento de ensino), eis que a prova oral colhida dá conta de que o tráfico se realizava nas imediações de uma escola. Assim, aumento a pena em 1/6 (um sexto) resultando em 05 anos e 10 meses de reclusão, mais 583 dias-multa. Na sequência, ainda na mesma fase, afasto a aplicação da causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06. Assim o é pois, embora tecnicamente primário, não há dúvidas de que o réu está inserido no universo do tráfico de drogas nesta comunidade. Veja-se que do histórico de conversas no relatório de investigações (fls. 152 e seguintes, particularmente, fls. 155), consta apontamentos de que o réu diz ao celular "a lojinha nem tá girando", nitidamente referindo-se ao tráfico de drogas, já que não é comerciante, e tal conclusão se extrai do conjunto de conversas decritas no relatório; ainda, infere-se que o réu usa a expressão "vo fika na biqueira"; em conversa com Leigiane (fls. 157), ela quer comprar de le uma "camihada", preocupada com a procedência do produto, nitidamente referindo-se à concaína, expressão essa utilizada nesse meio, entre outras

passagens do relatório que indicam que o fato descrito na denúncia, não tenha sido isolado na vida do réu. Assim, afastada da causa de diminuição do § 4º, fica a pena definitiva em 05 anos de reclusão e pagamento de 583 dias-multa.

Ante o exposto JULGO PROCEDENTE a presente ação penal para CONDENAR o réu LUCAS DE BRITO RAIMUNDO VIEIRA DA COSTA, como incurso no artigo 33, caput, cc. artigo 40, III, ambos da Lei 11.343/06, à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, mais pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

A pena deverá ser cumprida em regime inicial fechado, em razão da natureza do crime, equiparado a hediondo, bem como pela necessidade de enfrentamento da crescente mercancia proscrita em Guaíra, mostrando-se insuficiente a fixação de regime inicial mais brando. (fls. 12/13)

Acórdão:

[...]

Passo à analise da dosimetria da pena.

Atentando-se aos critérios do art. 59, do Código Penal, e do art. 42, da Lei de Tóxicos, a r. sentença fixou a pena-base no mínimo legal, em 05 anos de reclusão, e pagamento de 500 dias-multa.

Na segunda fase de dosimetria, presente a circunstância atenuante consistente na menoridade relativa, a pena corretamente fica mantida em seu patamar mínimo, nos termos da Súmula n. 231, do C. STJ.

Na derradeira etapa, de rigor que seja mantida a causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/2006, uma vez que o laudo pericial juntado deixou claro que o crime foi cometido nas imediações de escola.

Assim, a pena foi corretamente exasperada de 1/6, fração esta que fica mantida, de modo que o cálculo consignou definitivamente 05 anos e 10 meses de reclusão, e 583 dias-multa.

Todavia, não obstante tal cálculo, o fato é que no dispositivo da r. sentença olvidou-se tal majoração no tocante à pena privativa de liberdade, e foi consignou expressamente "05 anos de reclusão e 583 dias-multa".

Não houve interposição de embargos de declaração, e também tal ponto não foi objeto de recurso Ministerial, de modo que, para se evitar a 'reformatio in pejus', mantém-se o dispositivo da r. sentença como lançado.

[...]

No mais, incabível a aplicação do redutor de pena previsto no art. 33, §4°, da Lei de Drogas. O réu foi preso em flagrante delito, em local conhecido pela ocorrência de tráfico de entorpecentes, e também não comprovou exercício de atividade lícita, e todas as circunstâncias deste caso concreto revelam a dedicação do réu à atividade criminosa, obstando, também, a incidência do redutor de pena.

> *[...]*
>
> *A r. sentença fixou regime inicial fechado, o que não comporta reparos. Para o delito de tráfico de drogas, o regime inicial é mesmo o fechado.*
>
> *Todo indivíduo que participa de narcotráfico revela extrema periculosidade.*
>
> *O crime em tela intranquiliza a população e vem crescendo, causa problemas gravíssimos ao bom convívio familiar. Essa difusão há de ser coibida pelo Estado-Juiz, o qual, ao impor regime mais rigoroso, não só retirará o malfeitor perigoso do convívio social, mas também evitará que ele continue a exercer suas atividades ilícitas, viciando pessoas e destruindo famílias.* (fls. 25/28)

De início, necessário destacar que a pena, na segunda fase da dosimetria, não pode ficar aquém do mínimo legal, conforme o entendimento consolidado no Enunciado n. 231 da Súmula desta Corte Superior de Justiça, *verbis*:

> *A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.*

Assim, a despeito das alegadas atenuantes suscitadas pelo impetrante, não seria cabível a redução pena do paciente, na segunda fase, visto que a pena-base foi fixada no mínimo legal.

Quanto à terceira fase da dosimetria da pena, verifica-se, da análise dos trechos acima transcritos, que o fundamento utilizado pelas instâncias ordinárias para afastar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 foi o de dedicação do paciente às atividades criminosas.

A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito. Confira-se, a propósito, os seguintes julgados:

> *HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. QUALIFICAÇÃO DE TESTEMUNHA MANTIDA SOB SIGILO, PERMITIDA SUA DIVULGAÇÃO APENAS AO ADVOGADO DOS ACUSADOS, JUIZ E PROMOTOR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO BASEADA EM OUTRAS PROVAS, COLHIDAS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE.*

SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PENA MAIOR QUE QUATRO ANOS. HABEAS CORPUS DENEGADO.

[...]

3. Inaplicável a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na hipótese, na medida em que, conforme consignado pela sentença condenatória, mantida pelo acórdão de apelação impugnado, o Paciente não preenche os requisitos legais, tendo em vista se dedicar à atividade criminosa. E, não é possível, na estreita via do habeas corpus, rever a conclusão exarada pela instância ordinária, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.

[...]

5. Habeas corpus denegado. (HC 206.142/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 23/4/2013)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. (98,5 G DE COCAÍNA EM PEDRA, 19,3 G DE COCAÍNA EM PÓ E 49,5 G DE MACONHA, DEVIDAMENTE ACONDICIONADAS PARA A MERCÂNCIA). CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO (ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006). PROXIMIDADE A TRÊS ESCOLAS E UM CENTRO DE RECREAÇÃO. COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NATUREZA, E QUANTIDADE DE DROGAS. 300 "PAPELOTES" PARA REVENDA DE CRACK, MACONHA E COCAÍNA EM PÓ.

1. Deve ser mantida a decisão monocrática em que não se conhece da impetração, substitutiva do recurso cabível, quando não há manifesto constrangimento ilegal à liberdade de locomoção.

2. ***A negativa de incidência da causa especial de diminuição da pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deu-se em razão da convicção do julgador, com base nas provas dos autos, de existir dedicação à atividade criminosa, de modo que, alcançar conclusão inversa, demandaria reexame fático-probatório, inviável na via eleita***.

[...]

5. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 283.816/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 6/10/2016)

Por fim, no que se refere ao regime prisional, resta evidenciado constrangimento ilegal na imposição do fechado, pois, apesar de as instâncias ordinárias terem se baseado na gravidade concreta do delito, a quantidade da droga apreendida -

aproximadamente 3g de cocaína - não foi relevante para justificar a fixação de regime mais gravoso, haja vista que as circunstâncias judiciais foram favoráveis (art. 59 do Código Penal – CP).

Dessa forma, em razão da primariedade da paciente, do *quantum* de pena aplicado e da fixação da pena-base no mínimo legal, correta a fixação do regime semiaberto, de acordo com o disposto no art. 33, § 2º, "b", do CP, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma, conforme se verifica:

> *PENAL.* HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). GRAVIDADE ABSTRATA E NATUREZA HEDIONDA DO DELITO. SÚMULA 440/STJ. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *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.*
>
> *[...]*
>
> *4. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal.*
>
> ***5. Hipótese em que a Corte de origem fixou o regime inicial mais gravoso, com fulcro na gravidade abstrata e natureza hedionda do delito, em manifesta afronta ao entendimento firmado nas Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF.***
>
> ***6. Fixada a pena definitiva em 5 anos e 10 meses de reclusão (art. 33, caput, c/c art. 40, VI, da Lei de Drogas), verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o cabível para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal, sobretudo quando assentado no acórdão impugnado não ser expressiva a quantidade de droga apreendida.***
>
> *7.* Habeas corpus *não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade* (HC 369.210/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 12/12/2016).
>
> *PENAL E PROCESSUAL.* HABEAS CORPUS

SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. VARIEDADE E NATUREZA DAS SUBSTÂNCIAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. REGIME MAIS BRANDO. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

[...]

4. As Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e a Súmula 440 deste Tribunal refutam a imposição de regime mais gravoso quando lastreado apenas na gravidade abstrata do delito ou em motivação inidônea.

5. Caso em que o acórdão considerou a gravidade genérica do delito de tráfico de drogas para fixar o regime inicial fechado para o cumprimento da sanção, em manifesto confronto com aquela orientação sumular, enquanto a primariedade e a quantidade de pena imposta ao paciente - fixada no mínimo legal à míngua de circunstâncias judiciais desfavoráveis - admitem o início da expiação no regime semiaberto, nos termos do art. 33 do Código Penal e da jurisprudência deste Tribunal. Precedentes.

6. Writ *não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para cumprimento inicial da reprimenda* (HC 324.553/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 26/11/2015).

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, tão somente para fixar o regime inicial semiaberto.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília (DF), 14 de junho de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator