

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 536.452 - SP (2019/0292722-3)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : TATIANO CRISTIAN PAPA
ADVOGADO : TATIANO CRISTIAN PAPA - SP394579
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO GONSALEZ GRESPAN (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MARCELO GONSALEZ GRESPAN contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação n.º 0003206-80.2017.8.26.0081.

Consta nos autos que o Paciente, juntamente com outro suspeito, foi preso em flagrante delito, em 10/10/2017, surpreendido com "*dois invólucros de plástico preto contendo crack, pesando 29,440 gramas, e um invólucro de plástico preto contendo a mesma substância, pesando 4,600 gramas, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar*" (fl. 193). Em seguida, o flagrante foi convertido em prisão preventiva (fls. 161-163).

Em 29/11/2018, o Paciente foi condenado às penas de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006 (fls. 529-539).

Inconformados, o Sentenciado e o Ministério Público apelaram ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual, em 22/08/2019, negou provimento ao recurso ministerial, mas deu parcial provimento ao apelo do Paciente para reduzir às penas para 5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, nos termos da seguinte ementa (fl. 701):

"TRÁFICO DE ENTORPECENTES. Autoria e materialidade do crime comprovadas. Réus surpreendidos em plena transação comercial, após diversas denúncias anônimas, circunstâncias que revelam dedicação à mercancia espúria. Apreensão de porções de crack. Absolução e desclassificação para o delito do artigo 28, da Lei de drogas. Inadmissibilidade. Condenações mantidas. 1) Penas de VINÍCIUS que não comportam redução, eis que fixadas no piso legal. Circunstâncias normais à espécie e primariedade que não justificam a exasperação das reprimendas. Inaplicabilidade do redutor do artigo 33, § 4º, da Lei

Superior Tribunal de Justiça

11.343/06, eis que as circunstâncias do caso concreto evidenciam que ele se dedicava ao comércio clandestino, não se tratando de traficante pequeno e eventual. 2) Reprimendas de MARCELO que devem ser reduzidas, diante da ausência da comprovação de maus antecedentes ou de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Penas que se concretizam nos mínimos legais. Impossibilidade de aplicação da causa de redução do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas diante da comprovação do seu sério envolvimento na traficância. 3) Regime fechado inafastável. Inviabilidade da aplicação do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, nesta sede. Impossibilidade de substituição das corporais por restritivas de direitos, até mesmo pelo quantum das reprimendas. 4) Possibilidade de restituição da motocicleta que estava em poder de MARCELO, eis que comprovado que pertencia a enteada dele e que não tem relação com o delito em questão. 4) Apelos ministerial e do réu VINICIUS improvidos, acolhido parcialmente o recurso do réu MARCELO para redução das penas e restituição da motocicleta apreendida."

Neste writ, a Defesa aduz que o Paciente faria jus à causa de diminuição de pena no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, já que se trata de "réu primário, de bons antecedentes, bem como não há comprovação de que o Recorrente se dedique às atividades criminosas ou integre organização criminosa" (fl. 7).

Assevera que "houve indevida agravação, pois, segundo a pena aplicada, 05 anos de reclusão, o regime inicial de pena seria o semiaberto, conforme o art. 33, § 2º, 'b', do Código Penal" (fl. 10). Dessa forma, pleiteia a "reforma do acórdão recorrido, bem como a sentença, monocrática, redimensionando-se o regime inicial par cumprimento da pena para o semiaberto, mediante as condições a serem estipuladas pelo Juízo das Execuções Penais" (fls. 13-14).

Requer (fl. 18) :

"a) A Concessão da medida LIMINAR, eis que presentes de forma clara e insofismável o constrangimento ilegal em que vem sendo injustamente submetido o paciente, para reconhecer a aplicação do redutor de pena previsto no artigo 33, §4º da Lei nº. 11.343/2006, em seu patamar máximo ou mais próximo deste, ante a pequena quantidade de drogas, bem como pelas circunstâncias judiciais consideradas totalmente favoráveis, autorizando-se a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, e, considerando-se que o paciente está preso desde 10-10-2017, há quase dois anos, conforme auto de prisão em flagrante as fls. 02, que seja reconhecida a extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena, requer seja expedido o alvará de soltura.

b) Caso não seja concedido o pedido acima, requer-se A concessão da MEDIDA LIMINAR, para, até o final do julgamento desta ação de 'habeas corpus', determinar que o paciente permaneça no regime

Superior Tribunal de Justiça

semiaberto devido à presença dos requisitos 'fumus boni iuris' e 'periculum in mora', em razão do montante da pena aplicada, da primariedade, bem como pelas circunstâncias judiciais consideradas totalmente favoráveis.

c) Por fim, requer, caso seja fixado pena igual ou inferior a 04 (quatro) anos, seja CONCEDIDO DE OFÍCIO, o REGIME ABERTO, assim como a SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO (artigo 44, do Código Penal)."

É o relatório inicial.

Passo a decidir o pedido urgente.

Ao manter a sentença condenatória, que deixou de aplicar a minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, o acórdão impugnado ressaltou o seguinte (fls. 70-707):

"Cumpre ressaltar, ainda, que não se discute que MARCELO seja eventualmente usuário de droga, conforme alega, porém, da prova coligida, inegável que, além de possivelmente consumir, ele também vendia entorpecentes, sendo tal simultaneidade plenamente possível e crível diante dos fatos narrados.

[...]

No mais, não era mesmo o caso de aplicação da causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, como postula a Defesa, pois as denúncias anônimas que culminaram com a prisão do acusado revelam que ele realmente se dedicava habitualmente ao comércio espúrio e não se tratava de traficante pequeno e eventual, ao qual o benefício em tela é destinado.

As reprimendas do réu MARCELO, todavia, devem ser reduzidas. Isso porque, como já mencionado, as circunstâncias do caso concreto não autorizam a fixação das penas acima dos mínimos legais, não se caracterizando, ainda, os maus antecedentes mencionados em primeiro grau (fls. 139/140 e 225/226), pois ações penais e inquéritos arquivados não se prestam a comprová-los (Súmula 444, STJ). [...]

São condições para que o condenado faça jus à diminuição da pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

Em juízo de cognição sumária, não é possível afastar a conclusão da Corte de origem quanto à dedicação do ora Paciente à atividade criminosa. Tal providência demanda aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, o que, como é

Superior Tribunal de Justiça

sabido, salvo patente ilegalidade *primo ictu oculi*, afigura-se inviável na via estreita do *writ*.

No mesmo sentido:

"HABEAS CORPUS. POSSE DE MUNIÇÃO. ARTS. 12 E 16 DA LEI N. 10.826/2003. APREENSÃO DE APENAS DUAS MUNIÇÕES (SEM AS RESPECTIVAS ARMAS DE FOGO). MÍNIMA OFENSIVIDADE DA CONDUTA. ATIPICIDADE MATERIAL. FLEXIBILIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ABSOLVIÇÃO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS. CONCLUSÃO INVERSA. REEXAME DE PROVAS.

[...]

4. Quanto ao tráfico ilícito de entorpecentes, reconhecida a impossibilidade de incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão das evidências concretas de que o paciente se dedicava à atividade criminosa, adotar conclusão diversa demandaria a incursão em aspectos fático-probatórios, providência que é incabível nesta via estreita.

5. Ordem parcialmente concedida para, cassando-se o acórdão condenatório, absolver o paciente da prática dos delitos tipificados nos arts. 12 e 16 da Lei n. 10.826/2003, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal." (HC 325.085/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 12/04/2018.)

No mais, o Tribunal de origem manteve a imposição do regime inicial fechado ao Paciente sob os seguintes argumentos (fl. 707):

"O regime prisional fechado fica mantido, em razão da natureza do crime, equiparado a hediondo. Ademais, os acusados estavam comprovadamente envolvidos no tráfico de crack, substância altamente danosa à saúde pública, o que inviabiliza a fixação de regime prisional mais brando, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal."

Todavia, como se sabe, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena nesses crimes, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal, e as Súmulas n.ºs 440/STJ e 718 e 719/STF.

Nesse sentido:

Superior Tribunal de Justiça

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. RACIONALIZAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO HEROICO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. INDEFERIDA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FUNDAMENTO NA HEDIONDEZ DO DELITO E NA GRAVIDADE ABSTRATA DA CONDUTA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PRIMARIEDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO.

[...]

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES em 27/6/2012, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe conferiu a Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados.

3. Em 1º/9/2010, quando do julgamento do HC n. 97.256/RS, a Corte Suprema declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade das expressões 'vedada a conversão em penas restritivas de direito' e 'vedada a conversão de suas penas em restritivas de direito', constantes, respectivamente, do §4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.

4. Caso em que o regime fechado foi aplicado à pena reclusiva imposta à paciente, mais severo do que a reprimenda comporta, sem fundamentação idônea, apenas com fulcro na hediondez do delito e na gravidade abstrata da conduta. Afronta ao art. 93, IX, da Constituição da República, e ao Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte Superior de Justiça, segundo o qual: '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'. Nos mesmos termos, estão os Enunciados n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, também afrontados pelas instâncias ordinárias. [...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para alterar o regime de cumprimento de pena para o aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais." (HC 360.539/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016, sem grifos no original.)

Assim, na hipótese, considerando o *quantum* de pena estabelecido, a primariedade do Acusado e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível, nos termos do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código

Superior Tribunal de Justiça

Penal, a fixação do regime inicial semiaberto.

Ante o exposto, DEFIRO o pedido liminar para assegurar ao Paciente o cumprimento da pena no regime inicial semiaberto até o julgamento definitivo deste *writ*, se por outro motivo não estiver preso em regime mais gravoso.

Oficie-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado São Paulo e ao Juízo de primeira instância, comunicando-lhes o inteiro teor da presente decisão para adoção das providências cabíveis.

Requisitem-se informações pormenorizadas ao Juízo singular, especialmente sobre o cumprimento da reprimenda pelo Paciente, e ao Tribunal *a quo*, que deverão vir acompanhadas da senha de acesso ao andamento processual.

Após, remetam-se os autos ao Ministério Público Federal para manifestação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 02 de outubro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora