

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 513.072 - SP (2019/0156525-0)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RICARDO DE SANT ANNA VALENTI - SP324471
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO HENRIQUE DA SILVA DOS SANTOS (PRESO)
OUTRO NOME : PAULO HENRIQUE DA SILVA SANTOS

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em benefício de PAULO HENRIQUE DA SILVA DOS SANTOS/PAULO HENRIQUE DA SILVA SANTOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 0037010-98.2018.8.26.0050).

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente a 3 anos e 4 meses de reclusão, inicialmente no regime fechado, como incurso no art. 33 da Lei n. 11.343/06.

Interposta apelação, pela defesa, o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso, em julgamento assim resumido:

"TRÁFICO DE DROGAS. A dosimetria da pena não comporta reparo. Inviável a redução da reprimenda aquém do mínimo por circunstância atenuante. A fração de redução por incidência do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas não merece modificação, posto que fundamentada. Incabível a substituição do artigo 44 do Código Penal. O regime inicial fechado é o adequado. NEGA-SE PROVIMENTO AO APELO." (fls. 42)

No presente *writ*, o impetrante alega que o paciente faz *jus* à fixação do regime prisional menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por medida restritiva de direitos.

Indeferido o pedido liminar e prestadas as informações pela autoridade coatora, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *mandamus* e, subsidiariamente, pela denegação da ordem (fls. 73/74).

É o relatório. Decido.

Superior Tribunal de Justiça

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, caso exista flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

No caso, a controvérsia refere-se ao regime prisional e à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Nesses pontos, afirmaram as instâncias ordinárias:

SENTENÇA:

"Procedente, em parte, a denúncia, passo à fixação das penas.

Sendo primário e de bons antecedentes, fixo as penas iniciais em 05 anos de reclusão, com pagamento de 500 dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria, a despeito da menoridade relativa do réu e da confissão, a pena não pode ficar aquém do mínimo, consoante disposição da Súmula 231 do C. STJ.

O réu foi apreendido com cocaína na forma de crack, o que indica, exatamente, maior reprovabilidade, posto que tal entorpecente tem grande capacidade de viciar, como é notório e visto em toda a mídia, sendo que pode, inclusive, viciar no primeiro uso.

Na verdade tal entorpecente tornou-se o grande mal social dos tempos presentes, como qualquer pessoa que habite os grandes centros urbanos pode ver, todos os dias, na legião de infortunados que vagam pelas ruas, colocando em risco a segurança de toda coletividade, pela necessidade de manutenção do vício e da dependência.

E tal circunstância não se cuida, como geralmente argumentado, de mera opinião pessoal do julgador, mas fato concreto, público e notório, assim reconhecido pelos meios científicos e midiáticos. Cuida-se, na verdade, do maior problema de saúde pública do país, reconhecem os especialistas em saúde pública.

Não bastasse, tinha ainda em seu poder cocaína e maconha, drogas extremamente perigosas, como cediço.

[...]

No caso dos autos, portanto, o maior desvalor da ação praticada pelo acusado implicará na redução da pena em apenas 1/3, resultando em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa.

Pelas mesmas razões, de intensa culpabilidade, o regime inicial de desconto será aquele fechado, vedada qualquer possibilidade de substituição ou suspensão das penas ora aplicadas, na esteira do entendimento do C. Supremo Tribunal Federal a respeito do tratamento a ser dispensado à matéria, particularmente quanto ao regime prisional para início de desconto da pena.

Ausentes outras condições modificadoras, torno-as

Superior Tribunal de Justiça

definitivas em tais termos." (fls. 25/27)

ACÓRDÃO:

"No que tange à dosimetria da pena, não comporta reparo.

Na primeira fase a reprimenda foi imposta no mínimo legal de 5 anos de reclusão e o pagamento de 500 dias multa, de forma benéfica ao réu.

Na fase seguinte, reconhecidas as atenuantes da confissão e da menoridade, foi inviável reduzir a reprimenda aquém do mínimo legal, como dita a Súmula 231 do STJ.

Por fim, entendo que o redutor do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas sequer deveria incidir, dada a grande quantidade e variedade de drogas, aqui considerando-se também a natureza das drogas, já que o réu tinha consigo maconha, cocaína e cocaína na forma de crack.

Não obstante, o douto julgador, de maneira benévola, entendeu pela redução no patamar mínimo de 1/3, o que não comporta modificação.

A respeito, nota-se que a redução em menor patamar restou totalmente fundamentada, amparada nos requisitos do artigo 42 da Lei de Drogas. A grande quantidade, a variedade das drogas - 89 porções de maconha, com peso líquido de 207 gramas; 150 eppendorfs com cocaína, com peso líquido de 58,1 gramas e 147 invólucros com cocaína em pedra, na forma de crack, com peso líquido de 42,6 gramas - e a alta nocividade justificaram o redutor em menor patamar.

Ainda, entendo que a grande quantidade de droga encontrada com a apelante, bem com a variedade, são suficientes a demonstrar que não se trata de pequeno traficante, evidente o seu grau de envolvimento com o tráfico de entorpecentes. Somente aquele que tem a confiança do fornecedor consegue quantidade tão exacerbada e variada de drogas.

Anota-se também que a jurisprudência dominante no STJ permite que o magistrado adote a natureza e quantidade de drogas na última fase, a fim de modular a quantidade do redutor e, talvez, até para impedir o benefício do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas.

[...]

Incabível a substituição da pena, quer pela vedação prevista no artigo 44, 'caput', da Lei 11.343/2006, que se coaduna com o disposto no artigo 5º, XLIII da Constituição Federal, quer por não ser medida socialmente recomendável ante os efeitos nefastos do crime perpetrado e por não se mostrar medida suficiente a reprimir e coibir o crime em questão.

Por fim, ao regime inicial fechado imposto para cumprimento da pena privativa de liberdade, incabível eventual abrandamento. Ainda que não vedado regime diverso para os delitos de tráfico de entorpecentes, consoante entendimento das Cortes Constitucionais, o regime imposto harmoniza-se com o disposto na Lei Maior em relação aos crimes de tráfico de entorpecentes, tortura e

Superior Tribunal de Justiça

terrorismo (artigo 5º, inciso XLIII da CF)." (fls. 43/45)

Na hipótese dos autos, a quantidade, variedade e natureza da droga apreendida demonstram maior envolvimento do paciente com o tráfico de drogas e também a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena e o óbice à substituição da pena, que não se mostra socialmente recomendada. Porém, tendo em vista a pena aplicada, inferior a 4 anos, o regime semiaberto mostra-se suficiente, nos termos da jurisprudência desta Corte.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL INTERMEDIÁRIO. [...] ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

In casu, em razão de as circunstâncias judiciais serem favoráveis (art. 59 do Código penal - CP), de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e de a pena aplicada ser inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, alínea "c", do CP), caberia a fixação do regime inicial aberto. Todavia, a diversidade, natureza e variedade dos entorpecentes (art. 42 da Lei n. 11.343/06) - 59 pinos de cocaína (37,8 gramas), 13 pacotes plásticos que continham pinos de plástico de crack (234,5 gramas), 1.297 papелotes plásticos de maconha (3,942 gramas) e 19 embalagens plásticas de maconha (3.030 gramas) - é fundamentação idônea para justificar a imposição do regime inicial mais gravoso, mas que, no caso é o semiaberto, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do CP e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

[...]

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto, bem como determinar que o Juízo das Execuções considere a possibilidade da detração." (HC 384.990/SP, de minha Relatoria, QUINTA TURMA, DJe 04/09/2017)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA QUE JUSTIFICA A FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA (1/2) UTILIZADA. REGIME

Superior Tribunal de Justiça

PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM O BENEFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719 do STF.

- Nos termos do entendimento firmado por esta Corte Superior de Justiça, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais severo. Na hipótese, o acórdão recorrido fundamentou a necessidade do regime fechado com base na quantidade e na nocividade da droga apreendida.

- Embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos (pena de 2 anos e 6 meses de reclusão), cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, fazendo jus o paciente ao regime intermediário, qual seja, o semiaberto. Precedentes desta Corte.

- Ainda que o quantum de pena fixado seja inferior a 4 (quatro) anos, a quantidade e a nocividade do entorpecente apreendido não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto." (HC 309.921/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 13/04/2016)

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

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 03 de outubro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator