

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 523.350 - SP (2019/0217106-5)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
VANESSA MORAIS KISS - SP314903
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLAUDIO THIERRY PACHECO DE SOUZA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de CLAUDIO THIERRY PACHECO DE SOUZA apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado a 6 anos de reclusão, no regime inicialmente fechado, e teve negado o direito de recorrer em liberdade, pela prática dos delitos inscritos nos arts. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 e 180 do Código Penal (e-STJ fl. 86).

Segundo a acusação, o paciente foi flagrado em posse de 183g (cento e oitenta e três gramas) de maconha e de uma carteira com documentos e cartões de uma vítima (e-STJ fl. 75).

Interposta apelação, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 90):

RECEPTAÇÃO E TRÁFICO DE DROGAS – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS OU DESCLASSIFICAÇÃO, RESPECTIVAMENTE, PARA RECEPTAÇÃO CULPOSA E POSSE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO – NÃO ACOLHIMENTO – MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA COMPROVADAS – PLEITO SUBSIDIÁRIO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º, DO ART. 33, DA LEI Nº 11.343/06 – DESCABIMENTO – PLEITO DE AFASTAMENTO DA MULTA NÃO ACOLHIDO – PENAS REDIMENSIONADAS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, SEM REFLEXO NAS PENAS FINAIS.

Daí o presente *writ*, no qual alega a defesa fazer jus o paciente à aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fl. 5).

Superior Tribunal de Justiça

Acrescenta a inadequação da fixação do regime inicial fechado e a ilegalidade da substituição da pena corporal por restritivas de direitos (e-STJ fl. 11).

Requer a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a fixação do regime aberto e a substituição da pena (e-STJ fl. 14).

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 110/111).

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* em parecer assim ementado (e-STJ fl. 145):

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. RECEPÇÃO E TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. APREENSÃO DE 183,21 GRAMAS PORÇÕES DE MACONHA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA PREVISTA PELO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL CARCERÁRIO. AS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO NÃO PERMITEM A APLICAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 44 DO CP. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT, E, CASO CONHECIDO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

É, em síntese, o relatório.

Aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006

Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

De acordo com o aludido art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Superior Tribunal de Justiça

Na hipótese, o Tribunal *a quo* manteve o afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 do ora paciente da seguinte forma, *in verbis* (e-STJ fls. 97/98):

Inadmissível a concessão do redutor, em relação ao crime de tráfico, devido, não somente, à quantidade das drogas apreendidas (183,21g de “maconha”), indicativa de dedicação habitual ao tráfico, mas porque há informes de que registra outra passagem, circunstância igualmente impeditiva, por revelar dedicação a atividades criminosas.

A súmula 444 do Col. STJ veda apenas que processos em andamento sejam considerados para recrudescimento da pena-base, mas as informações podem ser utilizadas para impedir a concessão do redutor, porquanto evidenciam engajamento do acusado no comércio clandestino de drogas, circunstância impeditiva.

Sob esse prisma, não vislumbro o alegado constrangimento ilegal, pois a instância ordinária não reconheceu a incidência da minorante com base nas circunstâncias pessoais do paciente, que responde a outras ações penais, o que denota a sua habitualidade na criminalidade, e, em respeito aos critérios estabelecidos pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, excluiu a possibilidade de aplicação do pretendido redutor.

Por outro lado, a desconstituição dos fundamentos adotados pelas instâncias ordinárias demanda ampla incursão no acervo fático-probatório dos autos, tarefa para a qual não se presta o *habeas corpus*. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUTORIA E MATERIALIDADE. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. QUANTIDADE DA DROGA. 1.362G DE MACONHA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. INAFASTÁVEL A INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. "Esta Corte Superior tem decidido que a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, são elementos que evidenciam a dedicação do réu à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes" (HC 370.166/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 14/12/2016).

Superior Tribunal de Justiça

3. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1.788.563/PA, relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 06/08/2019, DJe 12/08/2019, grifei).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. PARÂMETRO IDÔNEO PARA FIXAÇÃO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO. PRECEDENTES. ALTERAÇÃO DO QUANTUM. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MEDIDA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N.º 7/STJ. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. A jurisprudência desta Corte Superior, no tocante à fixação da fração de redução devida pela aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, admite que, "na falta de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do delito, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, para afastar a aplicação da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes" (HC 453.535/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 28/08/2018, sem grifos no original).

3. Não havendo ilegalidade patente na fixação do quantum a ser reduzido pela minorante do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, não pode esta Corte proceder à alteração do referido patamar sem revolver o acervo fático-probatório, providência incabível na via do recurso especial, a teor do óbice contido no Verbete Sumular n.º 7 deste Superior Tribunal de Justiça.

[...]

6. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 1.389.733/GO, relatora Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 24/05/2019, grifei).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Não há falar em bis in idem, porque a Corte estadual, na terceira fase da dosimetria, sopesou não apenas a natureza e a quantidade de entorpecentes apreendidos, mas também outras circunstâncias

Superior Tribunal de Justiça

relativas ao acusado para concluir que ele se dedicaria a práticas criminosas, especialmente ao narcotráfico.

2. Além disso, esta Corte Superior de Justiça tem reiteradamente decidido, por ambas as Turmas, que a existência de registros por atos infracionais é elemento hábil a evidenciar a dedicação do agente a atividades delituosas e, por conseguinte, a impedir a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

3. Agravo regimental não provido (AgRg no HC 505.248/SP, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2019, DJe 27/06/2019, grifei).

Passo à análise da fixação do regime inicial de cumprimento de pena.

No caso, o acórdão hostilizado está assim fundamentado quanto à fixação do regime inicial para cumprimento da reprimenda e à negativa para a substituição (e-STJ fl. 100):

No caso em tela, a fixação do regime mais gravoso para o início do desconto da pena privativa de liberdade se impõe pelo expressivo número de estupefacientes apreendidos (aproximadamente 183 gramas de maconha), envolvimento em outras duas infrações penais, a revelar que faz do crime seu meio de vida.

No entanto é de relevo observar que o discurso judicial que se apresenta puramente teórico, carente de reais elementos de convicção, não justifica a imposição do modo mais opressor de custódia.

Constata-se, pois, que, *in casu*, o regime fechado aplicado à pena reclusiva, mais severo do que aquele que a reprimenda comporta, foi fixado sem fundamentação idônea, em evidente afronta ao art. 93, IX, da Constituição da República e ao enunciado n. 440 da Súmula desta Corte Superior, que segue transcrito: "*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.*"

Nesse mesmo sentido, confirmam-se os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, 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.

Superior Tribunal de Justiça

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Em consequência, considerando o *quantum* da condenação, a primariedade do paciente e o fato de não lhe terem sido apontadas circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve-lhe ser conferido o regime semiaberto, em conformidade com o disposto no art. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do Código Penal.

Na orientação do enunciado da Súmula n. 440 do Superior Tribunal de Justiça, confirmam-se estes precedentes das Turmas que compõem a Terceira Seção deste Tribunal Superior:

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONSUMAÇÃO. VULNERÁVEL. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO COM FULCRO NA HEDIONDEZ DO DELITO. AFASTAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

4. Por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES, realizado em sessão extraordinária do dia 27/6/2012, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e de outros a eles equiparados.

5. O Juízo de primeiro grau e o Tribunal de Justiça entenderam devida a imposição do regime inicial fechado, sem haver apontado elementos concretos dos autos que, efetivamente, evidenciassem a imprescindibilidade de imposição do modo mais gravoso. Assim, considerado o quantum de pena imposto ao condenado (inferior a 8 anos), a análise favorável das circunstâncias judiciais e a primariedade do agente, é necessário reconhecer o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda.

6. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido, para impor o cumprimento inicial da pena no regime semiaberto. (REsp 1.269.648/MG, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 28/03/2016.)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TENTATIVA DE ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE PESSOAS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA

Superior Tribunal de Justiça

PENA. ENUNCIADOS N. 440 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ E 718 E 719 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO, PARA FIXAR O REGIME INICIAL ABERTO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- Nos termos do Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, "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 os Enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF.

- No caso dos autos, após fixada a pena-base no mínimo legal, pois favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, o regime inicial fechado foi fixado sem fundamentação idônea, ou seja, sem a indicação das circunstâncias judiciais desfavoráveis, previstas no art. 59 do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para fixar o regime inicial aberto (HC 305.936/SP, relator Ministro ERICSON MARANHÃO, Desembargador convocado do TJSP, SEXTA TURMA, julgado em 12/02/2015, DJe 26/02/2015).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. DESPROPORCIONALIDADE NÃO VERIFICADA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO EM 1/6. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DAS DROGAS. PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

6. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

[...]

Superior Tribunal de Justiça

10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena e para fixar o regime inicial semiaberto. (HC 372.645/RS, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2016, DJe 16/11/2016.)

Sob tal perspectiva, diante dos parâmetros acima aludidos, dada a quantidade de pena aplicada, fixada a pena-base no mínimo legal e atingindo a pena definitiva o montante de 6 anos de reclusão, impõe-se a fixação do regime semiaberto para início de cumprimento da reprimenda.

Tal o contexto, **concedo parcialmente a ordem** para alterar o regime inicial de cumprimento da reprimenda para o semiaberto.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 08 de outubro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator