

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 535.697 - SP (2019/0288657-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
JULIANA MARTINS DE CARVALHO MONNERAT - SP225741
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ITALO BARBOSA COSTA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de ITALO BARBOSA COSTA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal n. 1510676-64.2019.8.26.0228.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa, como incurso no **art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006** (e-STJ, fls.16/21).

Irresignada, a defesa apelou e o Tribunal estadual negou provimento ao recurso, mantendo a condenação nos termos da sentença (e-STJ, fls. 34/41), em acórdão assim ementado:

TRÁFICO DE ENTORPECENTES - Configuração. Materialidade e autoria demonstradas. Confissão judicial corroborada pelos depoimentos dos policiais civis, tudo em harmonia com o conjunto probatório - Apreensão de razoável quantidade e variedade de entorpecentes (12 frascos de lança-perfume, no total de 324 mililitros; 50 porções de maconha, com peso de 14,9 gramas; 27 porções de cocaína, com peso de 4,5 gramas; e, 30 pedras de crack, om peso de 5,7 gramas), além de dinheiro - Condenação mantida.

PENAS e REGIME DE CUMPRIMENTO - Bases nos patamares - Confissão espontânea. Atenuante inócua. Súmula nº 231 do STJ - Inviável o redutor do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 - Regime inicial fechado - Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (CP, artigo 44,1) - Perdimento dos valores apreendidos em favor da

Superior Tribunal de Justiça

União - Apelo desprovido.

No presente *writ* (e-STJ, fls. 3/9), a impetrante alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, em razão da não aplicação da causa especial de diminuição da pena pelo tráfico privilegiado. Para tanto, argumenta que as instâncias ordinárias não apontaram qualquer prova nos autos que demonstrasse que a paciente se dedicava às atividades criminosas, e que a droga em si e sua guarda, não são aptos a afastar a incidência do redutor, porquanto são elementos genéricos, presentes em qualquer crime de tráfico abstratamente considerado. Dessa forma, tendo em vista que o paciente é primário, possui bons antecedentes, não se dedica às atividades criminosas e não integra organização criminosa, é de rigor a aplicação da causa especial de diminuição da pena em sua fração máxima.

Afirma, ainda, que o regime mais gravoso foi fixado de forma ilegal, uma vez que a pena não ultrapassou os 8 anos de reclusão e as circunstâncias judiciais são todas favoráveis, sendo inidôneo o regime fechado apenas com base na gravidade abstrata

Diante disso, requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para o redimensionamento da pena e a fixação do regime mais brando.

O pedido liminar foi deferido, em parte, para assegurar ao paciente o direito de aguardar, no regime semiaberto, o julgamento da presente impetração, salvo se por outro motivo estiver preso ou cumprindo pena em regime mais gravoso.

As informações foram prestadas, às e-STJ, fls. 55/56, 57/58 e 62/72 e, o Ministério Público Federal, em parecer exarado às e-STJ, fls. 74/79, opinou pelo não conhecimento do *mandamus* ou, no mérito, pela denegação da ordem.

É o relatório. **Decido.**

De início, o presente *habeas corpus* não comporta

conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

Conforme relatado, busca a impetrante, em suma, a aplicação da minorante pelo tráfico privilegiado e a alteração do regime prisional do paciente.

I. Não incidência da causa de redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006

Preliminarmente, cabe observar que, nos termos do art. 33, § 4º, 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 integrarem organização criminosa.**

Sob essas balizas, ao julgar a apelação criminal, o relator do voto condutor do acórdão asseverou que (e-STJ fls. 37/40, grifei):

[...]

Restou comprovado que Ítalo Barbosa Costa, no dia 02 de maio de 2019, às 12h10, na rua Marginal Dois, nº 13, Pedreira, nesta Capital, trazia consigo, para fins de entrega ao consumo de terceiros, 12 frascos de lança-perfume, no total de 324 mililitros; 50 porções de maconha, com peso de 14,9 gramas; 27 porções de cocaína, com peso de 4,5 gramas; e, 30 pedras de crack, om peso de 5,7 gramas; substâncias estas entorpecentes causadoras de dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Na ocasião, houve a apreensão de R\$ 25,00 (vinte e cinco reais).

A materialidade está consubstanciada na prisão em flagrante (fls. 01 e 07/10), boletim de ocorrência (fls. 02/04), auto de exibição e apreensão (fls. 05/06), auto de constatação (fls. 21/25), relatório final (fls. 45/46) e, principalmente, no exame químico-toxicológico de fls. 68/71 que resultou positivo para as substâncias tetrahydrocannabinol (THC), cloreto de metileno/diclorometano e cocaína, em pó e na forma de crack, de uso proscrito no Brasil conforme listas da Portaria nº 344/1998.

Superior Tribunal de Justiça

A autoria, igualmente, é incontroversa, tanto que sequer é questionada pelo apelante que, aliás, é confesso (disponível no esaj).

[...]

Os policiais civis Márcio Roberto e Alexandre, responsáveis pela abordagem do réu e apreensão das drogas, narraram os fatos de forma coesa e segura. Receberam denúncia sobre a ocorrência do tráfico de drogas e se deslocaram ao endereço indicado. Encontraram o apelante sentado com uma sacola nas mãos acompanhado de duas pessoas; os três fugiram ao notarem suas aproximações, mas conseguiram deter ítalo. Dentro da sacola havia porções variadas de drogas e dinheiro trocado. O réu admitiu a traficância e afirmou que ganhava R\$ 1,00 de comissão por cada venda (disponível no esaj).

[...]

Passa-se à dosimetria das penas.

As bases ficaram assentadas nos patamares de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda fase, a despeito da confissão espontânea, as penas permaneceram inalteradas, vez que esta atenuante genérica não tem o condão de mitigá-las aquém dos mínimos (Súmula nº 231 do STJ).

Correta a negativa do redutor do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. Os requisitos legais, restritivos e cumulativos, da benesse não são a "quantidade ou a qualidade" das drogas (circunstâncias que devem ser consideradas somente na fase da fixação das penas-base - vide art. 42 da Lei 11.343/06), mas sim a avaliação, com base nas provas, se o acusado é "primário", "de bons antecedentes", "não integre organização criminosa" e "não está envolvido com atividades criminosas" (§ 4º, segunda parte, do art. 33 da Lei 11.343/06). Nesta ação penal, com clareza solar, ítalo "está envolvido com atividades criminosas" porque trazia consigo, para fins de entrega a consumo de terceiros, 12 frascos de lança-perfume, no total de 324 mililitros; 50 porções de maconha, com peso de 14,9 gramas; 27 porções de cocaína, com peso de 4,5 gramas; e, 30 pedras de crack, om peso de 5,7 gramas; circunstâncias concretas que, no mínimo, levam à conclusão de que, com habitualidade, recebe os entorpecentes (mediante compra ou consignaçoão) do grande traficante para, na seqüência, comercializá-los no varejo em porções - o que, aliás, é reforçado pelo próprio réu ao dizer que acabara de 'assumir o

Superior Tribunal de Justiça

turno' quando foi abordado. Ademais, não se olvide que a benesse tem natureza excepcional - e não regra geral - e assim deve ser tratada, sob pena de indevido esvaziamento das sanções em abstrato cominadas para o delito de tráfico de entorpecentes tipificado no caput, aliás, ainda equiparado a hediondo (STF - HC nº 122594/SP - Primeira Turma - Rel. Ministra Rosa Weber - J. 23.09.2014 - DJe 07.10.2014; STJ - AgRg no AREsp 359220/MG - Sexta Turma - Rel. Maria Thereza de Assis Moura - J. 03.09.2013 - DJe 17.09.2013; TJSP - Apelação nº 0027092-46.2013.8.26.0050 - 15ª Câmara de Direito Criminal - Relator J. Martins - J. 08.05.2014).

Destarte, as penas resultaram definitivas, no recálculo, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Pela leitura do trecho acima, verifica-se que a Corte paulista, com base nas provas dos autos, consubstanciada não apenas na variedade e quantidade de drogas apreendidas – 324 ml de lança-perfume; 14,9 gramas de cocaína; 4,5 gramas de maconha e 5,7 gramas de crack (e-STJ fl. 39), associado ao fato de o próprio paciente haver confessado que ganhava R\$ 1,00 de comissão por cada venda e que acabara de 'assumir o turno' quando foi abordado entendeu que ele não se tratava de traficante ocasional e que estava envolvido com atividades criminosas (e-STJ fl. 38), de forma que não foram atendidas as diretrizes exigidas para o reconhecimento do privilégio.

Dessa forma, para desconstituir tal assertiva, como pretendido, seria necessário o revolvimento da moldura fática e probatória delineada nos autos, inviável na via estreita do *habeas corpus*.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, C/C O ART. 40, VI, AMBOS DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 6 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL SEMIABERTO. PLEITO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE

Superior Tribunal de Justiça

DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS, ANTE A PRESENÇA DE MAUS ANTECEDENTES. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. INVIABILIDADE. MONTANTE DA PENA QUE NÃO COMPORTA OS BENEFÍCIOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

– Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

[...]

– Dessa forma, apesar de a quantidade da droga apreendida não ter sido muito elevada, tendo havido fundamentação concreta, pelo Tribunal local, para não aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, pois não preenchidos os requisitos legais, concluo que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o paciente não se dedica às atividades criminosas, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do habeas corpus, de cognição sumária. Precedentes.

[...]

– Habeas corpus não conhecido. (HC n. 406.667/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, Julgado em 3/10/2017, DJe 11/10/2017, grifei)

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ILEGALIDADE NA PRISÃO PROCESSUAL. FUNDAMENTO PREJUDICADO PELO ULTERIOR TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE DE SE APLICAR A MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06, EM RAZÃO DA CONCLUSÃO SOBERANA DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DE QUE O PACIENTE PRATICAVA AO MENOS EVENTUALMENTE A TRAFICÂNCIA. ORDEM DE

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. Transitada em julgado a condenação, resta prejudicada a alegação de constrangimento na prisão processual, por não mais se tratar de segregação provisória, mas definitiva.

2. São condições para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Tais requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente; à míngua de qualquer uma dessas condições não é legítimo reclamar a aplicação da minorante.

3. As instâncias ordinárias, soberanas na análise da matéria fática dos autos, reconheceram que o Paciente dedicava-se ao menos eventualmente à atividade criminosa de traficar drogas. Não há como tal conclusão ser reavaliada na via processual eleita, por se tratar de remédio constitucional de rito célere e cognição sumária.

4. Na hipótese, é de prevalecer o entendimento do Tribunal a quo mormente por se tratar de condenado que foi flagrado ao portar, na Cidade de Deus/RJ - localidade cujo comércio ilegal de drogas é monopolizado pela facção criminosa Comando Vermelho -, 31 sacos de plástico contendo cocaína, fechados por grampo metálico e identificados com os dizeres "CDD 13 PÓ DE 10 CVRL".

5. Ordem de habeas corpus parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada. (HC n. 270.931/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, Julgado em 15/10/2013, DJe 25/10/2013, grifei)

Sendo assim, os fundamentos apontados pelo acórdão impugnado mostram-se idôneos para o afastamento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

II. Regime de cumprimento da pena

Preliminarmente, cabe ressaltar que a dosimetria da pena e o seu regime de cumprimento inserem-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos

Superior Tribunal de Justiça

parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

Como é cediço, em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, 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, c/c o art. 59 do Código Penal.

Ademais, consoante o enunciado da Súmula n. 440/STJ, *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, seguem as Súmulas n. 718 e 719, ambas da Suprema Corte, 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.

No caso, o regime mais gravoso foi fixado ao paciente pelas instâncias de origem, nos seguintes fundamentos:

O regime inicial de cumprimento de pena será o fechado, único que se mostra compatível com a gravidade do delito e sua potencialidade lesiva, observando-se o quantum aplicado e a imensa quantidade de drogas apreendidas, além da necessidade da prevenção do tráfico de drogas, que se expande cada dia mais com a benevolência dos aplicadores da Lei. Consoante o art. 387, §2º, do CPP, mantenho o regime prisional acima. (Sentença, e-STJ, fl. 20)

O regime imposto deve ser mantido, pois, muito embora não se desconheça que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus n.º 111,840/ES (27.06.2012), tenha afastado a obrigatoriedade do regime

Superior Tribunal de Justiça

inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, no caso sub judice a gravidade concreta da conduta - já minuciosamente analisada - desautoriza o estabelecimento de regime prisional mais brando (cf. artigo 59, III; c.c. artigo 33, § 3º, do Código Penal). (Acórdão, e-STJ, fl. 40)

Pela leitura dos recortes acima, verifica-se que o regime inicial fechado, foi determinadão com base na quantidade de drogas apreendidas. Contudo, não obstante essa circunstância seja fundamento idôneo para justificar a fixação de regime inicial mais gravoso, *in casu*, a quantidade apreendida – 324 ml de lança perfume; 14,9 g de cocaína; 4,5g de maconha e 5,7 g de crack – não se mostra tão expressiva, a ponto de justificar a imposição do regime inicial fechado a paciente primário e sem antecedentes criminais. Assim, deve ser-lhe conferido o regime inicial semiaberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do Código Penal, e no art. 42, da Lei n. 11.343/2006.

Ante o exposto, com fulcro no art. 34, XX, do RISTJ, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem ex officio** para confirmar a liminar anteriormente deferida e fixar o regime inicial semiaberto ao paciente, mantidos os demais termos da condenação.

Comunique-se com urgência o Tribunal impetrado e o Juízo de primeiro grau.

Intimem-se.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator