

HABEAS CORPUS Nº 544.676 - SP (2019/0336252-1)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
IMPETRANTE : ROSANGELA FERREIRA DE FREITAS
ADVOGADO : ROSANGELA FERREIRA DE FREITAS - SP306958
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MATHEUS DA SILVA BATISTA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de MATHEUS DA SILVA BATISTA apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 1500693-91.2019.8.26.0567).

Consta dos autos que o paciente – e 1 corréu – foi condenado à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, além de 250 dias-multa, pela prática do crime do art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista a apreensão de **753,13g (setecentos e cinquenta e três gramas e treze centigramas de maconha), de 49,79g (quarenta e nove gramas e setenta e nove centigramas) de cocaína e de 37,78g (trinta e sete gramas e setenta e oito centigramas) de crack** (e-STJ fl. 355). Foi-lhe indeferido o recurso em liberdade.

A apelação criminal da defesa foi desprovida nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 353):

APELAÇÃO CRIMINAL – Tráfico ilícito de drogas – Artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 – Absolvição e/ou Desclassificação – Descabimento – Autoria e materialidade devidamente comprovadas – Palavra dos guardas civis – Credibilidade – Precedentes – Confissão judicial – Destinação mercantilista do entorpecente apreendido evidenciada pelas circunstâncias fáticas da prisão – Condenação acertada e mantida – Dosimetria penal – Réus beneficiados com a concessão da benesse prevista no §4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, no patamar de metade – Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos – Inviabilidade – Medida que não se mostra suficiente no caso em concreto – Regime prisional inicial fechado único adequado à espécie – RECURSOS NÃO PROVIDOS.

No presente *writ*, a impetrante alega constrangimento ilegal decorrente da

negativa do apelo em liberdade, mantendo a prisão preventiva do paciente, sob o argumento de que a sentença condenatória não demonstrou concretamente os requisitos autorizadores do art. 312 do Código de Processo Penal.

Sustenta ilegalidade na fixação do regime fechado de cumprimento de pena, uma vez que foi motivado na gravidade abstrata e na hediondez do delito de tráfico de drogas. Argui que deve ser cominado o regime aberto, tendo em vista que a pena definitiva foi estipulada abaixo de 4 anos de reclusão e o agente é primário.

Requer, liminarmente e no mérito, a revogação da custódia cautelar e a fixação do regime aberto.

A medida de urgência foi parcialmente deferida, a fim de impor ao paciente o regime semiaberto (e-STJ fls. 376/379).

Informações prestadas às e-STJ fls. 389/421, 422/458, 459/464 e 467/486.

Ao se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus*, mas **pela concessão da ordem de ofício**, a fim de abrandar o regime de cumprimento de pena. Eis a ementa do parecer (e-STJ fl. 488):

HABEAS CORPUS IMPETRADO COMO SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. É O CASO DE CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. TRÁFICO. Paciente condenado à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão em regime fechado, negado o direito de recorrer em liberdade. Manutenção da preventiva. Fundamentação idônea. Natureza, quantidade e diversidade da droga apreendida. Regime inicial fechado. Fundamentação inidônea: réu primário, condenado à pena inferior a oito anos, agraciado com a benesse do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, na fração de 1/2. Parecer pelo não conhecimento do *writ*. Pela concessão da ordem de ofício, para que seja fixado regime prisional compatível com a pena imposta e a condição do paciente.

É o relatório.

Decido.

Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, o sentenciante deverá observar, na fixação do regime inicial de cumprimento de pena, a quantidade da

reprimenda aplicada, bem como a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do Código Penal), e, **em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).**

Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte Superior, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que aquele que permite a pena aplicada, quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito, ainda que fixada a pena-base no mínimo legal.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CRIME ÚNICO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DIVERSIDADE DE VÍTIMAS. CONCURSO FORMAL. REGIME FECHADO. FUNDAMENTOS CONCRETOS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS APTOS A INFIRMAR A DECISÃO AGRAVADA.

1. A jurisprudência deste Tribunal Superior alinhou-se no sentido de que a subtração de patrimônios distintos em um mesmo contexto fático enseja o concurso formal no delito de roubo.

2. Apesar da primariedade do agravante, que levou à fixação da pena-base no mínimo legal, a fixação do regime mais severo teve fundamentação idônea, reportando-se o Julgador às circunstâncias do crime.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 403.218/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 16/10/2017 – grifei).

O Tribunal local assim se manifestou quanto ao regime inicial para o cumprimento da pena (e-STJ fl. 484):

De rigor realçar que os acusados praticaram delito cuja perniciosidade e a manifesta reprovação social torna imperioso o início do desconto da sanção carcerária no regime mais severo.

Em acréscimo à gravidade abstrata do delito, **em razão da diversidade, natureza e quantidade das drogas apreendidas**, mostra-se maior reprovabilidade na conduta dos sentenciados, circunstâncias que, à evidência, tornam a segregação extrema a mais adequada no caso em concreto. (Grifei)

Na espécie, considerando que a pena-base foi fixada no mínimo legal, que a minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 foi aplicada em fração inferior ao máximo legal, e levando-se em conta a quantidade de pena aplicada (2 anos e 6 meses de reclusão), a primariedade do paciente, e, ainda, a natureza, a quantidade e a diversidade das drogas – maconha, cocaína e *crack* –, circunstâncias, aliás, que autorizam a conclusão de que sua conduta reveste-se de maior grau de reprovabilidade, vislumbro a existência de constrangimento ilegal decorrente da imposição do regime inicial fechado fixado pela instâncias ordinárias, uma vez que o regime imediatamente mais gravoso seria o semiaberto, o qual se revela como o mais adequado à prevenção e à repressão do delito em tela, conforme o art. 33, § 3º, do Código Penal.

Cito, por oportuno, as seguintes ementas:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS COM ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). QUANTUM DE REDUÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA APREENDIDA. PROPORCIONALIDADE. MODIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ART. 33, § 2º, ALÍNEA "C", DO CÓDIGO PENAL - CP E ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. REGIME SEMIABERTO CONCEDIDO. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. Os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para aplicar ao caso concreto a fração da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em razão da quantidade e diversidade das drogas apreendidas - 34,4g de maconha, distribuídos em 11 porções individuais; 4,08g de cocaína fracionados em 7 eppendorfs e 11 invólucros plásticos contendo *crack* -, está em consonância com o entendimento desta Corte.

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07,

afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional, nesses casos, deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do Código Penal - CP.

Embora as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis e o paciente seja primário, a quantidade da droga apreendida foi utilizada, na terceira fase da dosimetria, para modular a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, restando justificada a segregação inicial em regime mais gravoso. Todavia, considerando o *quantum* da pena aplicada - 4 (quatro) anos de reclusão -, o regime mais adequado na hipótese é o semiaberto, consoante disciplina o art. 33, § 2º, "c", e § 3º do CP.

4. Na hipótese dos autos, revela-se insuficiente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em razão das circunstâncias do caso concreto - especialmente a natureza, quantidade e variedade de drogas apreendidas, bem como o envolvimento de menores na comercialização dos estupefacientes -, conforme a jurisprudência desta Corte Superior.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena. (HC 396.606/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017, grifei.)

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. PATAMAR DE REDUÇÃO. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. PROPORCIONALIDADE. NATUREZA DA DROGA. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. DESPROPORCIONALIDADE. REGIME INTERMEDIÁRIO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO. INVIABILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. Os Tribunais Superiores têm decidido também que, na falta de indicação pelo legislador de balizas para o quantum de redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da aplicação da minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes (AgRg no AREsp 628.686/MG, Rel. Ministra MARIA TEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 2/3/2015).

4. Hipótese em que as instâncias ordinárias optaram em sopesar a natureza das drogas apreendidas com o paciente -

31 porções de cocaína (23,7g) e 42 porções de *crack* (10g) - na terceira etapa do cálculo da pena, encontrando-se devidamente motivado o agravamento da sanção, sendo que a escolha do *quantum* de redução é questão afeta à atividade discricionária do julgador, que só pode ser alterada quando verificada sua desproporcionalidade, o que não é o caso dos autos.

5. A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, incidenter tantum, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

6. 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 diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

7. Estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão, constatada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave, segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o suficiente à prevenção e à reparação do delito, considerada a natureza da droga apreendida, valorada na terceira fase da dosimetria da pena.

8. Utilizada a natureza da droga para modular o *quantum* redução em 1/2, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra suficiente, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP).

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de fixar o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade. (HC 359.747/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 21/09/2016, grifei)

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME TIPIFICADO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO PENAL DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA.

APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. FRAÇÃO DE 1/2. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL IMEDIATAMENTE MAIS GRAVOSO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. Na hipótese, o Tribunal *a quo* aplicou a causa especial de diminuição da pena, na fração de 1/2, tendo em vista a quantidade, a diversidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos em poder do paciente, o que, nos termos da reiterada jurisprudência desta Corte, constitui motivação concreta e idônea a justificar a diminuição da reprimenda, em menor percentual, na terceira fase da dosimetria da pena, desde que não valoradas na primeira fase. Por outro lado, a alteração da fração de diminuição de pena constitui tarefa inviável na via eleita, por demandar revolvimento do acervo fático-probatório.

[...]

7. A quantidade, a diversidade e a natureza da substância entorpecente apreendida justificam a imposição de regime prisional mais gravoso, bem como o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Precedentes.

8. Considerada a quantidade de pena aplicada (2 anos e 6 meses de reclusão), a primariedade do paciente e a fixação da pena-base no mínimo legal, constata-se a existência de constrangimento ilegal decorrente da imposição do regime inicial fechado, uma vez que o regime imediatamente mais gravoso seria o semiaberto, o qual se revela como o mais adequado à prevenção e à repressão do delito em tela, conforme o art. 33, § 3º, do Código Penal.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao paciente. (HC 364.292/SP, DE MINHA RELATORIA, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 12/09/2016, grifei.)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial semiaberto e a negativa de substituição da pena privativa de

liberdade por restritivas de direitos pela Corte de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, considerando-se a quantidade e a natureza das substâncias entorpecentes apreendidas (art. 42 da Lei n.º 11.343/06), bem como o fato de a residência da paciente ser conhecida como ponto de venda de drogas, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

2. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 353.729/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 24/06/2016, grifei.)

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. FUNDAMENTO COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (29 PEDRAS DE CRACK). FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO. FUNDAMENTO CONCRETO PARA A FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO - O SEMIABERTO - E NÃO O FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a natureza, a variedade e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a fixação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em patamar inferior ao máximo legal, constituindo, outrossim, justificativa para a imposição do regime mais severo e para o indeferimento da substituição das penas. Precedentes.

3. Todavia, embora válido o fundamento para o recrudesimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos - 1 ano e 8 meses - cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal. Precedentes.

4. *Habeas corpus* não conhecido, mas ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva. (HC 337.305/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 25/05/2016, grifei.)

De outra parte, das informações extraídas do sítio eletrônico do Tribunal de origem, verifica-se que o presente *writ* está prejudicado no ponto em que pleiteia a

Superior Tribunal de Justiça

revogação da segregação cautelar, tendo em vista a superveniência do trânsito em julgado da condenação no dia 18/11/2019 e a baixa definitiva dos autos para a execução definitiva da pena.

Ante o exposto, **concedo, parcialmente, a ordem, para impor ao paciente o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena**, julgando prejudicado o pedido de revogação da custódia cautelar.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 28 de novembro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator