

HABEAS CORPUS Nº 507.630 - SP (2019/0122976-1)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
GUSTAVO CABRAL NARCISO GIANETTE - MG116415
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAICON DIEGO MOISES GONCALVES (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de MAICON DIEGO MOISES GONCALVES contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO – Apelação n. 0005639-74.2015.8.26.0292.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, c/c o art. 40, inciso VI, ambos da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 26-35).

No julgamento da apelação, o Tribunal de origem deu provimento parcial ao recurso ministerial a fim de redimensionar a reprimenda do réu para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mantendo-se, no mais, a sentença condenatória (e-STJ fls. 45-58).

Nesta via, sustenta o impetrante, em síntese, que o paciente preenche os requisitos para a obtenção da minorante do tráfico privilegiado.

Assevera a ausência de fundamentação suficiente para justificar a fixação do regime inicial fechado, sendo devida a alteração do modo prisional para o aberto, aduzindo, ainda, ser cabível a conversão da sanção privativa por restritiva de direitos.

Requer, ao final, o redimensionamento da reprimenda, com a fixação do regime prisional diverso do fechado e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 66-67).

As informações foram prestadas (e-STJ fls. 77-122).

O Ministério Público Federal, às fls. 124-129 (e-STJ), manifestou-se pela concessão da ordem.

É o relatório.

Cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, não sendo cabível a impetração de *habeas corpus* em substituição aos recursos e ações cabíveis, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Quanto a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, verifica-se que o Tribunal *a quo* afastou a benesse, sob o seguinte fundamento (e-STJ fls. 53-54):

"Contudo, de acordo com o entendimento desta Colenda Turma Julgadora, é caso de acolher o pedido ministerial e afastar a causa de aumento prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas. Isso porque, prevaleceu o entendimento de que a natureza e quantidade de droga apreendida em poder do recorrido evidencia não se tratar de traficante ocasional, mas dedicado àquela atividade. Portanto, deve ser afastado o redutor, impondo pena definitiva de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor mínimo legal."

Sabe-se que o § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.

No caso dos autos, a Corte *a quo*, constatando que o paciente se dedicava a atividades criminosas, em razão da natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos – **"05 (cinco) pinos de cocaína, pesando 9,4g (nove gramas e quatro decigramas), 03 (três) papalotes de maconha, pesando 9,1g (nove gramas e um decigrama) e 36 (trinta e seis) pedras de crack, pesando 9,6g (nove gramas e seis decigramas)"**, (e-STJ fl. 48) –, afastou a causa especial de diminuição de pena.

Entretanto, considerando que a quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas não foi significativa, embora a sua diversidade e natureza altamente deletéria (crack e cocaína), verifico ser possível a incidência do redutor disposto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, na fração de 1/2 (metade).

Desse modo, a fim de proceder à nova dosimetria, deve-se atentar que, na origem, a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, não sofrendo também qualquer variação na segunda etapa.

Na terceira fase, mantém-se o acréscimo de 1/6 (um sexto) pela presença da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei de Drogas, restando a sanção final em **2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão**.

No que concerne ao regime inicial para o cumprimento da pena, constata-se que a Corte impetrada manteve o fechado, em aresto assim proferido (e-STJ fl. 54):

"No tocante ao regime inicial de cumprimento de pena deve ser mantido o fechado considerando-se aqui, a gravidade e nocividade concreta da conduta, também evidenciada pela natureza, quantidade e variedade da droga apreendida, o que recomenda que o desconto da pena privativa de liberdade seja iniciado em regime mais severo."

In casu, verifica-se que, de fato, não foram apresentados fundamentos

jurídicos idôneos capazes de sustentar o agravamento do regime. Observa-se que o regime inicial fechado foi escolhido apenas com base na gravidade em abstrato do delito, adotando-se elementos próprios do crime de tráfico, o que, nos termos do reiterado entendimento adotado por este Sodalício, é insuficiente à determinação do sistema prisional mais gravoso, sobretudo quando a pena-base não ultrapassa o mínimo legal, como no caso dos autos.

A matéria, aliás, está sumulada no âmbito desta Corte, no enunciado n. 440, a saber:

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.

O Supremo Tribunal Federal também possui orientação firmada acerca do tema, cristalizada nos verbetes ns. 718 e 719, 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.

Nesse norte, os seguintes julgados:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI DE TÓXICOS. RÉ QUE SE DEDICAVA À ATIVIDADE CRIMINOSA. DESCABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SANÇÃO MAIOR QUE QUATRO ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. RÉ PRIMÁRIA E SEM MAUS ANTECEDENTES. ADEQUAÇÃO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - O juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006.

III - In casu, o Tribunal de origem, de forma motivada e de acordo com o caso concreto, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59, do Código Penal, considerou mormente a quantidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos para exasperar a reprimenda-base, o que está em consonância com o entendimento desta Corte.

IV - Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, 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 incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

V - Na espécie, houve fundamentação concreta e idônea para o afastamento do tráfico privilegiado, lastreada na diversidade e quantidade de drogas apreendidas, elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, pois demonstram que a paciente se dedicava às atividades criminosas. Rever essa constatação, para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus.

Precedentes.

VI - No que tange ao regime inicial de cumprimento da pena, cumpre registrar que o Plenário do col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo.

VII - No presente julgado, não foi apresentado nenhum fundamento concreto para o agravamento do regime, a não ser a gravidade abstrata do delito, razão pela qual, a paciente faz jus ao regime semiaberto, para início de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, § 2º, "b", do CP.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime semiaberto, para o início de cumprimento da pena, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 497.295/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 09/04/2019, DJe 12/04/2019)"

"HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO PELA ABSOLVIÇÃO NO TOCANTE AO DELITO DO ART. 35 DA LEI N.º 11.343/2006. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. MINORANTE DO ART.

33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. INVIABILIDADE DE INCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. FATO QUE, POR SI SÓ, DEMONSTRA DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME INICIAL FECHADO ALICERÇADO TÃO SOMENTE NA GRAVIDADE ABSTRATA E HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REGIME SEMIABERTO MAIS ADEQUADO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não se mostra possível examinar o pleito de absolvição pelo crime de associação para o tráfico, na medida em que demandaria revolvimento do conjunto fático-probatório acostado aos autos, desiderato esse incabível na via estreita do habeas corpus.

2. A condenação pelo crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei n.º 11.343/2006) denota a dedicação do agente às atividades criminosas e, por conseguinte, por si só, impede a incidência da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

3. Independentemente da gravidade abstrata e do caráter hediondo do crime, considerado o quantum da pena definitiva imposta - 8 (oito) anos de reclusão -, a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e a consequente fixação das penas-bases de cada um dos delitos no mínimo legal, cabível estabelecer como regime prisional inicial o semiaberto.

4. Ordem parcialmente concedida apenas para determinar que o regime inicial de cumprimento da pena do Paciente seja o semiaberto.

(HC 480.782/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019)"

Assim, fixada a reprimenda em patamar inferior a 4 (quatro) anos e considerando-se a favorabilidade das circunstâncias judiciais (e-STJ fl. 52), nota-se presente a ilegalidade arguida, mostrando-se viável o estabelecimento do modo aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do CP.

Finalmente, verificam-se preenchidos os pressupostos objetivos elencados no art. 44 do Código Penal e, por se entender que a medida é suficiente para a prevenção e a repressão do crime a que a paciente foi condenada, além de socialmente recomendável, diante das especificidades já apontadas, especialmente diante do fato de que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, deve a pena privativa de liberdade ser substituída por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juiz da execução.

Sobre o tema, confirmam-se:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO. SUFICIÊNCIA PARA PREVENÇÃO E REPARAÇÃO DO DELITO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. No caso em concreto, estabelecida a pena definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, verificada a primariedade da agente e considerada a pequena quantidade de entorpecente

apreendido (28 porções de cocaína e 19 porções de crack), o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito. Pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente e favorabilidade das circunstâncias do art. 59 do CP), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser especificada pelo Juízo da execução.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 1192973/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe de 25/04/2018; sem grifos no original.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS FAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. QUANTIDADE PEQUENA DE DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO. ART. 33, §§ 2º e 3º, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. POSSIBILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Sendo a quantidade de droga apreendida pequena (8,5g de crack), as circunstâncias judiciais favoráveis (art. 59 do CP), a pena-base fixada no mínimo legal e a pena aplicada inferior a 4 anos, não há justificativa para aplicar regime prisional mais gravoso e vedar a substituição da pena por restritiva de direitos, devendo ser imposto o regime aberto, bem como ser concedida a substituição da pena por restritiva de direitos, de acordo com o disposto no art. 33, § 2º, alínea "c", e art. 44, ambos do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime prisional aberto, substituindo a pena privativa de liberdade destes últimos pacientes por duas restritivas de direito, a serem especificadas pelo Juízo de Execuções.

(HC 413.812/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe de 27/09/2017; sem grifos no

original.)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. RÉU PRIMÁRIO E PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS SEVERO E NEGATIVA DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS COM BASE NA NATUREZA DA DROGA, ISOLADAMENTE CONSIDERADA. INSUFICIÊNCIA. PEQUENA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, na fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deve-se observar os critérios previstos no art. 59 do Código Penal, nos termos do que estabelece o § 3º do art. 33 do mesmo Diploma, em conjunto com as disposições do art. 42 da Lei de Drogas.

2. Consoante o entendimento firmado pelo STJ, a natureza e a variedade da droga apreendida, desde que associadas a uma quantidade não desprezível, constituem fundamento idôneo a justificar tanto a imposição do regime mais severo quanto o indeferimento da substituição das penas.

3. No caso, contudo, trata-se de réu primário cujas circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis. Assim, em que pese a natureza mais gravosa da droga (crack), a quantidade do entorpecente apreendido (13,7g) não pode ser considerada significativa, de sorte a justificar a imposição do regime prisional mais severo ou o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 388.407/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe de 09/10/2017; sem grifos no original.)

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do writ, **concedendo-se a ordem**, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, a fim de reduzir a pena para **2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão**, bem como estipular o regime inicial **aberto** e a **substituição** da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo da execução.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator