

HABEAS CORPUS Nº 530.765 - SP (2019/0260457-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : WILLIAM FERNANDES CHAVES E OUTRO
ADVOGADOS : WILLIAM FERNANDES CHAVES - SP236257
SERGIO APARECIDO DA SILVA - SP285978
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO CAMPOS NEVES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário com pedido liminar, impetrado em favor de MARCELO CAMPOS NEVES, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do HC n. 2139130-10.2019.8.26.0000.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime inicial fechado, 166 dias-multa, pela prática do crime previsto no **art. 33, caput, § 4º, da Lei nº 11.343/2006** (e-STJ fls. 17/20).

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* na origem, requerendo a aplicação do regime inicial aberto e a expedição de alvará de soltura, tendo em vista a ausência de requisitos para a decretação da custódia preventiva. A ordem, porém, foi conhecida apenas em parte e, nesse parte, denegada (e-STJ fls. 21/25).

No presente *writ* (e-STJ fls. 3/16), o impetrante aponta constrangimento ilegal na fixação do regime inicial fechado pelo Juízo de 1º grau, tendo em vista a aplicação da pena-base no mínimo legal ao réu primário, e da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, na fração máxima de 2/3, ante a pequena quantidade de drogas apreendidas, a permitir a fixação do regime inicial aberto, como determina o artigo 33, § 2º, "c", do Código Penal.

Sustenta, ademais, estarem ausentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva.

Pugna, assim, liminarmente, pela expedição de alvará de soltura e, no mérito, pela aplicação do regime inicial aberto.

O pedido liminar foi indeferido, às e-STJ fls. 29/33, e as informações foram prestadas, às e-STJ fls. 37/46 e 49/60.

O Ministério Público Federal, em parecer exarado às e-STJ fls. 62/66, opinou pela concessão da ordem a fim de que seja fixado o regime aberto para o início do cumprimento de pena e que, de ofício, seja determinada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, além de expedido alvará de soltura.

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 o impetrante, em suma, a fixação do regime inicial aberto ao paciente.

Em consulta ao sítio eletrônico da Corte estadual constatei que o apelo defensivo foi julgado em 24/10/2019, ocasião em que, por unanimidade, foi negado provimento ao recurso.

Preliminarmente, cumpre ressaltar que, 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 condenação 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.

Sob essas diretrizes, ao fixar-lhe o regime de cumprimento de

pena ao paciente, a Magistrada asseverou que (e-STJ, fl. 19):

*Passo à dosimetria da pena. Em atenção às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal e artigo 42 da Lei nº 11.343/06, por infração ao artigo 33, "caput", desta lei, fixo-lhe a pena-base, no mínimo legal, em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. Ausentes agravantes e atenuantes. Nos termos do parágrafo 4º, do artigo 33, do mencionado diploma legal, reduzo em 2/3 (dois terços) a pena, perfazendo um total de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, pena que torno definitiva ante a ausência de outra circunstância que a modifique. Sem informações a respeito da situação econômica do acusado, fixo o dia-multa no mínimo legal. **Ao contrário do que pretendeu a defesa, o regime inicial de cumprimento de pena será o fechado, em razão da gravidade concreta da conduta do acusado, ao traficar quantidade significativa de diversas drogas, bem como em razão deste crime fomentar toda espécie de outros delitos e ser responsável pela crise de insegurança que assola o país. É inequívoco que os fatos aqui apurados desassossegam a sociedade, comprometem a paz social e fulminam a saúde pública, que se vê assolada pela ação inescrupulosa de traficantes que unicamente almejam o lucro fácil na disseminação do vício. Sem dúvida o tráfico de entorpecentes é crime equiparado a hediondo, que repugna a comunidade, amedronta famílias e destrói relações de convívio, e seus atores afrontam autoridades constituídas que se veem impedidas de reprimir essa espécie de conduta, já que crescente o número de viciados acorrentados ao consumo de drogas. Por esse motivo o tratamento dado aos condenados pela prática de tais crimes, nos termos da Lei nº 8.072/90, é diferenciado em razão do sentimento reprovável que causa à sociedade e, assim, incompatível com regime mais brando. Pelos mesmos motivos, não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, nem à suspensão condicional da pena.***

Pela leitura do recorte acima, verifico que apesar de o montante da pena (1 ano e 8 meses de reclusão) permitir, em tese, a fixação do regime aberto, deve ser estabelecido o regime prisional mais gravoso ao paciente, no caso, o semiaberto, haja vista a gravidade da conduta, consubstanciada na quantidade e

diversidade dos entorpecentes apreendidos – 53,1 gramas de cocaína; 12,9 gramas de maconha e 8,5 gramas de crack (e-STJ fl. 40) –, o que está em harmonia com a jurisprudência pacificada desta Corte Superior, que é pacífica no sentido de que a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, ou ainda, outra situação que demonstre a gravidade concreta do delito perpetrado, como *in casu*, são condições aptas a recrudescer o regime prisional, em detrimento apenas do *quantum* de pena imposta, de modo que determino o resgate da reprimenda do paciente no regime intermediário.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. APREENSÃO DE DROGA DE ALTA NOCIVIDADE. PACIENTE QUE OSTENTA OUTROS PROCESSOS PELA PRÁTICA DE IDÊNTICO DELITO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, "B", E § 3º, DO CÓDIGO PENAL C/C O ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

5. Sedimentou-se, nesta Corte Superior, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º do Código Penal em conjunto com o art. 42, da Lei n. 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

No caso dos autos, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, reconhecida primariedade técnica do paciente e o quantum de pena (5 anos) permita, em tese, a fixação de regime mais brando, a quantidade e natureza das drogas apreendidas - 9 porções de maconha, 15 porções de cocaína e 28 pedras de crack -, justificam o regime prisional mais gravoso, no caso o fechado, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/06.

Habeas corpus não conhecido. (HC n. 403.508/SP, Rel. Ministro

JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 22/8/2017, DJe 4/9/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

II - A circunstância judicial referente à quantidade e variedade da droga poderá incidir na primeira ou terceira fase da dosimetria da pena, para exasperar a pena-base, afastar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, ou ainda para modular o nível de redução da pena, sempre de maneira não cumulativa. Precedentes.

III - O 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. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

IV - Todavia, na espécie, a quantidade do entorpecente serviu de fundamento para afastar a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, bem como foi apresentada fundamentação concreta relativa à especial gravidade do delito praticado, o que impede a fixação do regime semiaberto unicamente em razão da quantidade da pena imposta. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido. (HC n. 386.827/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 16/5/2017, DJe 23/5/2017)

No mesmo sentido, reputo não atendidos os requisitos subjetivos para a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, nos termos do art. 44, III, do CP.

Ante o exposto, com fulcro no art. 34, XX, do RISTJ, **não**

Superior Tribunal de Justiça

conheço do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem ex officio** para 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), 29 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator