

**HABEAS CORPUS Nº 534.427 - SP (2019/0281167-3)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : HELENA DE LACERDA RODRIGUES LAGE - RJ098662  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : MAIKE ERICSON DA COSTA VIEIRA (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de MAIKE ERICSON DA COSTA VIEIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0010182.57.2014.8.26.0292).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 167 dias-multa. A pena privativa de liberdade foi substituída por restritivas de direitos (e-STJ fls. 16/23).

Interposta apelação, o Tribunal local deu provimento ao recurso ministerial para afastar a redutora do tráfico prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, redimensionando a pena para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, mantido o regime fechado para o cumprimento da pena. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos também foi afastada (e-STJ fls. 38/49).

No presente *writ* (e-STJ fls. 3/12), a impetrante alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, em razão do afastamento da aplicação da causa especial de redução da pena pelo Tribunal local. Argumenta que o réu preenche todos os requisitos necessários para fazer jus ao benefício, uma vez que é primário, sem maus antecedentes, não integra organização criminosa e não se dedica às atividades criminosas. Afirma, ainda, que a quantidade e variedade de droga localizada já foi considerada para a caracterização do delito de tráfico.

Assim, a utilização de tal fato como circunstância impeditiva de aplicação do redutor implica em inadmissível *bis in idem*.

Por fim, em razão do redimensionamento da pena, requer a aplicação do regime mais brando, bem como o restabelecimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos concedida pelo juiz de primeiro grau.

Dessa forma, pugna, na liminar e no mérito, pela aplicação da redutora na fração máxima de 2/3, pela fixação do regime aberto e pela substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O pedido liminar foi parcialmente deferido (e-STJ fls. 52/55), para assegurar ao paciente o direito de aguardar, no regime semiaberto, o julgamento do presente *habeas corpus*.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 127/132, opinou pela concessão parcial da ordem, na forma da seguinte ementa:

*PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. UTILIZAÇÃO INADEQUADA DO WRIT. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE DIANTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS DO CRIME. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS E PETRECHOS PARA A TRAFICÂNCIA. DECISÃO FUNDAMENTADA. BIS IN IDEM NÃO CARACTERIZADO. REGIME FECHADO FIXADO SEM A CORRESPONDENTE FUNDAMENTAÇÃO. SISTEMÁTICA INTERMEDIÁRIA CABÍVEL. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS; SE CONHECIDO, PELA CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM, APENAS PARA FIXAR O REGIME SEMIABERTO AO CUMPRIMENTO DA PENA.*

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.

Busca-se, na presente impetração, a aplicação da redutora na fração máxima de 2/3, a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Para a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sabe-se que 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.

Para um melhor deslinde da controvérsia, segue a fundamentação adotada pela Corte local ao reformar a sentença para afastar a aplicação da redutora do tráfico privilegiado (e-STJ fl. 48):

[...]

*No caso, embora o Apelado seja primário e portador de bons antecedentes, comporta maior rigor a reprovação de sua conduta em razão da razoável quantidade da droga apreendida (10 "trouxinhas " de maconha pesando cerca de 22,63g e 20 pinos de cocaína com peso de 16,34g, além de 17 pedras de crack apreendidas em poder do adolescente), somadas às circunstâncias em que ocorreu o crime, na qual havia delação no sentido de que o Apelado estaria traficando em sua residência, onde foram apreendidos 500 eppendorfs vazios, duas facas com resquícios de drogas e uma folha de papel contendo anotações típicas de contabilidade de tráfico, além de ter sido apreendido com drogas quando adolescente (fls. 58/62), o que bem demonstra que vinha se dedicando a atividade espúria, inviabilizando a incidência do redutor.*

[...]

Na hipótese, verifico que não foram atendidas as diretrizes previstas para o reconhecimento do privilégio, uma vez que as instâncias ordinárias entenderam que o paciente não fazia jus ao benefício, haja vista a quantidade da droga (10 "trouxinhas" de maconha pesando cerca de 22,63g e 20 pinos de cocaína com peso de 16,34g, além de 17 pedras de crack apreendidas em poder do adolescente) -, as circunstâncias da prisão, inclusive com a apreensão de petrechos (500 eppendorfs vazios, duas facas com resquícios de drogas e uma folha de papel contendo anotações típicas de contabilidade de tráfico), bem como por ter sido o paciente apreendido com drogas quando adolescente.

Desconstituir tais assertivas demandaria, necessariamente, o revolvimento da moldura fática e probatória delineada nos autos, inviável na via estreita do *habeas corpus*.

Nesse sentido:

*PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO DO PACIENTE A ATIVIDADE CRIMINOSA. PRECEDENTES. AFASTAMENTO DA CONCLUSÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. NECESSIDADE DE AMPLO REVOLVIMENTO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA 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 possível a concessão da ordem de ofício.*

*II - 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.*

*III - In casu, houve fundamentação concreta e idônea para o afastamento do tráfico privilegiado, lastreada nas circunstâncias da prisão, em que o acusado e mais três elementos empreenderam fuga ao avistar a polícia, sendo encontrados no local em que estavam e conhecido como ponto de venda de drogas, além da droga (21g de maconha), uma balança de precisão e material para endolar droga, elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, pois evidenciam que o paciente se dedica 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.*

*Habeas corpus não conhecido. (HC 477.806/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 07/12/2018)*

*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 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. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, Julgado em 3/10/2017, DJe 11/10/2017).*

Quanto ao regime, verifico que o inicial fechado foi fixado com base nos seguintes fundamentos (e-STJ fl. 22):

*Diante da natureza do crime cometido, equiparado ao hediondo e natureza da droga apreendida o regime inicial para cumprimento da pena deve ser fechado.*

Assim, extrai-se que o regime mais gravoso foi estabelecido com base na hediondez e na gravidade abstrata do delito.

Entretanto, 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/STF, 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.*

Portanto, no caso, o regime fechado, mais severo do que a pena aplicada ao paciente comporta, foi fixado sem fundamentação idônea.

Nesse contexto, tratando-se de réu primário, condenado a pena superior a 4 e que não excede 8 anos de reclusão, com circunstâncias judiciais favoráveis, o paciente faz jus ao regime inicial semiaberto, conforme o disposto no art. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do Código Penal.

Por fim, mantida a reprimenda fixada na origem, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ante o exposto, com base no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno do STJ, **não conheço** do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem, de ofício**, para confirmar a liminar anteriormente deferida e fixar o regime semiaberto.

Publique-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator