

HABEAS CORPUS Nº 532.560 - RS (2019/0271073-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **LEONARDO VELLOSO LIOI E OUTROS**
ADVOGADOS : **LEONARDO VELLOSO LIOI - SP245591**
 MARCELO REBELLO SALATINI - SP408372
 WELLINGTON NASCIMENTO LIMA - SP188651
IMPETRADO : **TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO**
PACIENTE : **EDUARDO MATIAS GONZALES DUARTE (PRESO)**

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de EDUARDO MATIAS GONZALES DUARTE,, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no julgamento da Apelação Criminal n. 5006045-61.2016.4.04.7101.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 4 anos, 5 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 452 dias-multa, como incurso no **art. 33, § 1º, c/c o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/2006** (e-STJ, fls. 31/40).

Irresignada, a defesa apelou e o Tribunal regional negou provimento ao recurso, nos seguintes termos (e-STJ, fls. 41/58):

PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. MATERIALIDADE E AUTORIA. TIPICIDADE. TRANSPORTE DE GRANDE QUANTIDADE DE DROGA E INSUMOS PARA USO PESSOAL. ALEGAÇÃO AFASTADA. DOSIMETRIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DA EXIGÊNCIA DO ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL. REGIME INICIAL. FIXAÇÃO COM BASE NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. ART. 42 DA LEI ? 11.343/2006. PREPONDERÂNCIA. REDUÇÃO DA PENA DE MULTA. PEDIDO A SER FORMULADO JUNTO AO JUÍZO DA EXECUÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Comprovadas a autoria e a materialidade do delito de tráfico transnacional de drogas, atribuído ao réu, por meio das

provas produzidas durante a instrução processual.

2. *A grande quantidade de drogas, insumos e petrechos para o cultivo de plantas utilizadas na fabricação de substâncias entorpecentes, no caso específico a Maconha, permite concluir que não se trata de uso próprio, sendo típica de tráfico de drogas a conduta do agente que transporta tais produtos.*

3. *A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena.' (HC 107.409/PE, 1.^a Turma do STF, Rei. Min. Rosa Weber, un., j. 10.4.2012, DJe-091, 09.5.2012). Não cabe rever pena fixada em parâmetros legais, razoáveis e adequados em primeiro grau, substituindo a discricionariedade do juiz pela do Tribunal.*

4. *Descabe a substituição da pena privativa de liberdade, por restritiva de direitos, se o montante de pena definitivamente fixada for superior a 04 (quatro) anos de reclusão, a teor do art. 44, I, do Código Penal.*

5. *A teor do art. 33, § 3º, do Código Penal, a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve observar as circunstâncias do art. 59 do citado Diploma Legal.*

6. *A grande quantidade de droga traficada permite a fixação de regime inicial de cumprimento de pena corporal mais gravoso, pois a teor do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, a quantidade de droga apreendida constitui circunstância preponderante, permitindo a fixação de regime mais gravoso que o previsto para o montante da pena privativa de liberdade.*

7. *O pedido de redução do valor da pena de multa deve ser submetido ao juízo da execução, a quem cabe fixar as condições de adimplemento e autorizar, inclusive, eventual parcelamento do valor devido, conforme lhe faculta a Lei nº 7.210, de 11/07/84, art. 66, V, a, c/c art. 169, §1º, este aplicável por analogia à pena de prestação pecuniária, oportunidade em que o réu poderá demonstrar sua insuficiência econômica e a eventual impossibilidade de adimplir com as obrigações.*

8. *Em observância ao quanto decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 126.292/SP e ao contido na Súmula nº 122 deste Tribunal, tão logo decorridos os prazos para interposição de recursos dotados de efeito suspensivo, ou julgados estes, deverá ser oficiado à origem para dar início à execução das penas.*

9. Apelação criminal improvida.

No presente *writ* (e-STJ, fls. 3/20), o impetrante afirma que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, em razão da fixação do regime mais gravoso para o resgate da reprimenda. Para tanto, argumenta que inexistem circunstâncias judiciais desfavoráveis, o acusado é primário, ostenta bons antecedentes e que a pena arbitrada é inferior a 8 anos de reclusão, dessa forma, não há razão para denegar o regime semiaberto. Afirma, ainda, que a imposição do regime inicial fechado baseou-se única e exclusivamente na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em contrariedade ao entendimento constante nos enunciados n. 718 e n. 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal e n. 440 desta Corte Superior.

Diante disso, requer, liminarmente e no mérito, a fixação do regime inicial semiaberto.

O pedido liminar foi indeferido, às e-STJ, fls. 62/65 e, por estarem os autos suficientemente instruídos, foi dispensado o envio de informações.

O Ministério Público Federal, em parecer exarado à e-STJ, fl. 69, opinou pelo não conhecimento do *mandamus*.

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 alteração do regime prisional do paciente, para o inicial semiaberto.

Inicialmente, 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, e a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Sob essas diretrizes, ao julgar o apelo defensivo, o Relator do voto condutor do acórdão asseverou que (e-STJ, fls. 54/55, destaquei):

[...]

4.3.2. O recorrente alega, também, deva ser alterado o regime inicial de cumprimento da pena para menos gravoso.

Na sentença, foi fixado o regime fechado para início de cumprimento da pena privativa de liberdade, nos seguintes termos:

Tratando-se de crime equiparado a hediondo, e levando-se em conta, a par da natureza e gravidade do delito, também o juízo de reprovação da conduta especificamente no caso em análise, na forma acima delineada, a pena deverá ser cumprida em regime inicialmente fechado, nos termos do disposto no art. 33, §3º do Código Penal.

(...)'

O dispositivo legal em questão assim prevê:

Art. 33 - (...)

(...)

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

No caso dos autos, foram levadas em consideração a natureza e a gravidade do delito, sendo aplicada a previsão do § 3º do art. 33 do Código Penal, a qual é a mais indicada ao caso concreto, não merecendo nenhuma alteração a sentença.

A quantidade expressiva de droga e insumos que estavam sendo transportados pelo réu permitem a fixação de regime mais gravoso para início de cumprimento da pena privativa de liberdade, destacando-se que a quantidade e natureza de droga traficada constituem circunstância preponderantes

àquelas previstas no art. 59 do Código Penal, a teor da previsão constante no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. Conforme se vê acima, o dispositivo legal remete a fixação do regime inicial de cumprimento da pena corporal aos critérios do art. 59 do Código Penal, o qual se submete à previsão do art. 42 da Lei de Drogas.

Desse modo, está justificada a fixação do regime fechado para início de cumprimento da pena privativa de liberdade pelo réu, o qual inclusive encontra-se foragido, segundo consta na sentença.

Na espécie, o regime mais rigoroso foi justificado na gravidade concreta do delito, consubstanciada na variedade e quantidade de drogas apreendidas – 961 sementes de maconha, 86 comprimidos de Ecstasy, 7 comprimidos de 5 MeO-MIPT (substância psicotrópica relacionada na lista F2 da portaria n. 344-SVS/MS) e 194 comprimidos da substância "Safrol" (precursora na síntese de Ecstasy) (e-STJ, fl. 69) –, tanto que a pena-base foi exasperada em 9 meses acima do piso legal (e-STJ, fl. 38), 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, como *in casu* ou, ainda, outra situação que demonstre a gravidade concreta do delito perpetrado, são condições aptas a recrudescer o regime prisional, em detrimento apenas do *quantum* de pena imposta, de modo que a condenação do paciente no regime inicial fechado deve permanecer inalterada.

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

Superior Tribunal de Justiça

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)

Assim, a pretensão formulada pelo impetrante encontra óbice na jurisprudência pacificada dessa Corte de Justiça, sendo, portanto, manifestamente improcedente.

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

Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator