



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 568203 - SP (2020/0073160-8)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : SANDERSON RAPHAEL LAURENTINO
ADVOGADO : SANDERSON RAPHAEL LAURENTINO - SP374549
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELAN JOSE DOS SANTOS SONIEVSKI (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de ELAN JOSE DOS SANTOS SONIEVSKI contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0000043-23.2018.8.26.0222).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 5 anos e 10 meses de de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 53/59).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi improvido (e-STJ fls. 60/65), em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO - Tráfico de entorpecentes - Materialidade e autoria demonstradas - Réu surpreendido com 19 tijolos de maconha (7,435kg), 01 porção de maconha (259,23g), 01 tijolo de crack (475,50g), 01 tijolo de cocaína (1,174kg), 218 eppendorfs de cocaína(210,56g) - Confissão judicial corroborada pelo relato do policia militar - Condenação de rigor - Dosimetria da pena - Pena-base acima do mínimo legal - Manutenção - Observância aos critérios do art. 42 da Lei 11.343/06 - Confissão espontânea - Pedido prejudicado - Atenuante reconhecida em primeiro grau e devidamente compensada com a reincidência - Exclusão da agravante - Descabimento - Despenalização e não descriminalização da conduta do art. 28, caput, da Lei 11.343/06 - Efeitos ainda persistentes, inclusive para obstar o redutor do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06 - Precedentes do C. STJ - Regime inicial fechado - Recurso não provido.

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 3/50), o impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, na medida em que foi considerado reincidente com base em anterior condenação pelo crime do art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Entende que esse delito não é apto a gerar reincidência e, em consequência, o paciente faz jus à redução da pena na segunda fase da dosimetria e à aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Também destaca a importância de breve solução, tendo em vista os efeitos do afastamento da reincidência na execução penal.

De outra parte, destaca os problemas relacionados à pandemia do coronavírus para as pessoas encarceradas, motivo pelo qual defende a necessidade de ser concedida prisão domiciliar ao paciente, sobretudo em função das condições de superlotação da

unidade prisional na qual encontra-se preso.

Ao final, formula pedido liminar para que o paciente aguarde em regime domiciliar o julgamento deste *writ* e, no mérito, pede a concessão da ordem para que a reincidência seja afastada, com a consequente redução da pena na segunda fase da dosimetria, além da aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

É o relatório. **Decido.**

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumprido analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014; STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora o impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Acerca do rito a ser adotado, as disposições previstas nos arts. 64, III, e 202 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça não afastam do Relator a faculdade de decidir liminarmente, em sede de *habeas corpus* e de recurso em *habeas corpus*, a pretensão que se conforma com súmula ou a jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores ou a contraria (AgRg no HC n. 513.993/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 25/6/2019, DJe 1º/7/2019; AgRg no HC n. 475.293/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 03/12/2018; AgRg no HC n. 499.838/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 11/4/2019, DJe 22/04/2019; AgRg no HC n. 426.703/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 18/10/2018, DJe 23/10/2018 e AgRg no RHC n. 37.622/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 6/6/2013, DJe 14/6/2013).

Nesse diapasão, uma vez verificado que as matérias trazidas a debate por meio do *habeas corpus* constituem objeto de jurisprudência consolidada neste Superior Tribunal, não há nenhum óbice a que o Relator conceda a ordem liminarmente, sobretudo ante a evidência de manifesto e grave constrangimento ilegal a que estava sendo submetido o paciente, pois a concessão liminar da ordem de *habeas corpus* apenas consagra a exigência de racionalização do processo decisório e de efetivação do próprio princípio constitucional da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, o qual foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela EC n.45/2004 com status de princípio fundamental (AgRg no HC n. 268.099/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 2/5/2013, DJe 13/5/2013).

Na verdade, a ciência posterior do *Parquet* que, longe de suplantir sua prerrogativa institucional, homenageia o princípio da celeridade processual e inviabiliza a tramitação de ações cujo desfecho, em princípio, já é conhecido (EDcl no AgRg no HC n.

Em suma, para conferir maior celeridade aos *habeas corpus* e garantir a efetividade das decisões judiciais que versam sobre o direito de locomoção, bem como por se tratar de medida necessária para assegurar a viabilidade dos trabalhos das Turmas que compõem a Terceira Seção, a jurisprudência desta Corte admite o julgamento monocrático do *writ* antes da ouvida do *Parquet* em casos de jurisprudência pacífica (AgRg no HC n. 514.048/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 6/8/2019, DJe 13/8/2019).

Possível, assim, a análise do mérito da impetração, já nesta oportunidade.

Busca-se, em síntese, o afastamento da agravante da reincidência e, em consequência, a redução da pena na segunda fase da dosimetria e a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como a concessão de prisão domiciliar.

No caso, segue a motivação apresentada pelo Juízo sentenciante para reconhecer a agravante da reincidência e obstar a aplicação do redutor (e-STJ fls. 56/57):

Na fase intermediária, afere-se que o réu possui condenação transitada em julgada pelo crime previsto no artigo 28 da Lei de Drogas, que é considerada para fins de reincidência, já que o uso de drogas é crime, não havendo qualquer declaração de inconstitucionalidade por controle concentrado acerca desse artigo. No mais, em que pese não ser crime punido com pena privativa de liberdade, é sabido que o uso de drogas é o fator fomentador do tráfico, devendo, portanto, ser considerado crime como qualquer outro, com seus consectários, inclusive, a reincidência. Presente a agravante da reincidência (fls. 209/210) e a atenuante da confissão espontânea, procedo à compensação entre elas, mantendo a pena acima declinada. Na terceira fase, ausentes causas de aumento de pena. Deixo de aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, parágrafo 4º, da Lei de drogas, pois reincidente o acusado, ademais, a expressiva quantidade de drogas por ele mantida em depósito, somado ao fato de que essas drogas pertenciam a terceiros e que outras pessoas a retiravam, aos poucos, para venda, revela seu envolvimento com organização criminosa voltada à mercancia de drogas, com organizada divisão de tarefas, envolvendo diversas pessoas. Isso tudo afasta a tese defensiva de aplicação da minorante no caso em análise.

Na mesma esteira, consignou a Corte local (e-STJ fls. 64/65):

Na segunda etapa, presente a reincidência (fls. 209/210) e reconhecida a confissão espontânea, operou-se a compensação entre a referida agravante e a atenuante por serem igualmente preponderantes. Prejudicado, aqui, o pleito defensivo.

Frise-se ainda que, apesar de ter sido despenalizada, a conduta prevista no art. 28, caput, da Lei 11.343/06 não foi descriminalizada, de sorte que ainda se presta para gerar efeitos da reincidência, sendo, inclusive, fator a obstar a benesse do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06. Confirma-se: [...]

E ainda que assim não fosse, a benesse pretendida não seria admissível, pois a grande quantidade e a variedade de drogas encontradas com o réu, aliado aos petrechos utilizados para sua separação e embalagem, indicam, claramente, sua dedicação a atividades espúrias.

Assim, extrai-se que a agravante da reincidência tem por base apenas uma anterior condenação do paciente pela prática do crime de uso de drogas, previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006.

Entretanto, consoante o entendimento firmado no REsp n. 1.672.654/SP (Rel. Ministra MARIA THEREZA, Sexta Turma, DJe 30/8/2018), revela-se desproporcional o reconhecimento da reincidência em virtude de anterior condenação pelo delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006.

No mesmo sentido, segue acórdão proferido pela Quinta Turma, no HC 453.437/SP (de minha relatoria, DJe 15/10/2018):

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO INCABÍVEL NA VIA ELEITA. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO CRIME DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS. REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. POSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. VIABILIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. Consoante o posicionamento firmado pela Suprema Corte, na questão de ordem no RE n. 430.105/RJ, a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada, em outras palavras, não houve abolitio criminis. Desse modo, tratando-se de conduta que caracteriza ilícito penal, a condenação anterior pelo crime de porte de entorpecente para uso próprio pode configurar, em tese, reincidência.

4. Contudo, as condenações anteriores por contravenções penais não são aptas a gerar reincidência, tendo em vista o que dispõe o art. 63 do Código Penal, que apenas se refere a crimes anteriores. E, se as contravenções penais, puníveis com pena de prisão simples, não geram reincidência, mostra-se desproporcional o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 configurar reincidência, tendo em vista que nem é punível com pena privativa de liberdade.

5. Nesse sentido, a Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.672.654/SP, da relatoria da Ministra MARIA THEREZA, julgado em 21/8/2018, proferiu julgado considerando desproporcional o reconhecimento da reincidência por condenação pelo delito anterior do art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

6. 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. No caso, tendo em vista que a reincidência foi o único fundamento para não aplicar a benesse e tendo sido afastada a agravante, de rigor a aplicação da redutora.

[...]

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para conceder a ordem para redimensionar a pena do paciente, fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Com efeito, entendeu-se que embora a conduta tipificada no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 tenha sido despenalizada e não descriminalizada (RE n. 430.105 QO, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, DJe 27/04/2007), é punida apenas com advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade

e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, não havendo a possibilidade de converter essas penas em privativas de liberdade em caso de descumprimento. Destacou-se que as condenações anteriores por contravenções penais, as quais cominam pena de prisão simples, não são aptas a gerar reincidência, tendo em vista o que dispõe o art. 63 do Código Penal, que apenas se refere a "crimes" anteriores. Nesse contexto, a conclusão foi no sentido de ser desproporcional considerar que o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 seja apto configurar reincidência, na medida em que sequer é punível com pena privativa de liberdade. E reforço da tese, foi ponderado que pende de julgamento, no Supremo Tribunal Federal, discussão acerca da constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, em regime de Repercussão Geral (RE n. 635.659).

Em consequência, afasto os efeitos da reincidência decorrente da anterior condenação do paciente pelo delito do art. 28 da Lei de Drogas.

Por outro lado, extrai-se das transcrições supra que a reincidência não foi o único fundamento utilizado para negar o redutor, na medida em que as instâncias ordinárias concluíram que o tráfico de drogas não se dava de forma eventual, mas, sim, com habitualidade, ou seja, que o paciente se dedicava a atividades criminosas.

Com efeito, além das expressiva quantidade de diversas drogas (7,435kg + 259.23g de maconha, 475,5g de crack e 1.174kg + 210.56g de cocaína), foram apreendidos diversos petrechos para a preparação e comercialização das drogas (01 saco plástico contendo pó branco (412,77g), 01 frasco de acetona, 03 balanças de precisão, 01 liquidificador, 01 refletor, 01 tesoura e 01 faca), o que denota dedicação habitual à traficância.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE DA DROGA. 14KG DE MACONHA. BALANÇA DE PRECISÃO. ANOTAÇÕES DE CONTROLE DE VENDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não foi aplicada em razão das circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem que o paciente se dedicava a atividades criminosas. A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto, demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

3. Habeas corpus não conhecido. (HC 519.476/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, DJe 18/10/2019).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CONSIDERAÇÕES GENÉRICAS OU PRÓPRIAS DO TIPO PENAL. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. READEQUAÇÃO DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE PARCIALMENTE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas.

6. As instâncias antecedentes concluíram pela habitualidade delitiva do paciente considerando não só na quantidade da droga encontrada, mas também os seis registros criminais por delitos diversos, sendo duas condenações não definitivas pelos crimes de tráfico de drogas, e outras quatro ações penais em curso por furto e dano, bem como a apreensão de petrechos do comércio espúrio (balança de precisão) e caderno de contabilidade do tráfico. Logo, a modificação desse entendimento enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.

[...]

10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base, ficando a reprimenda final do paciente em 6 anos de reclusão mais pagamento de 600 dias-multa, mantido o regime fechado. (HC 413.126/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 22/11/2017).

Portanto, na espécie, inexistente ilegalidade na negativa de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Passo ao redimensionamento da pena do paciente.

Mantida a pena-base estabelecida na origem em 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, afasto a agravante da reincidência, razão pela qual a pena do paciente retorna ao patamar mínimo legal em virtude da atenuante da confissão espontânea reconhecida na origem, observado o disposto na Súmula 231/STJ. Ausentes causas de aumento ou de diminuição, torno a pena do paciente definitiva em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Não obstante a exclusão da reincidência, subsiste a expressiva quantidade, natureza e diversidade dos entorpecentes apreendidos, sopesados na primeira fase da dosimetria, como óbice ao abrandamento do regime inicial.

Por fim, não compete a esta Corte emitir juízo acerca da possibilidade de prisão domiciliar em virtude da pandemia do coronavírus, de forma originária, na medida em que a competência para o exame de incidentes na execução penal é do Juízo das Execuções Criminais, conforme estabelece o art. 66 da Lei de Execução Penal. A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PRISÃO DOMICILIAR. PACIENTE MÃE DE CRIANÇA. ORDEM COLETIVA CONCEDIDA NO HC N.º 143.641/SP PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E ART. 318 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INAPLICABILIDADE. EXECUÇÃO DEFINITIVA DA PENA. DISCUSSÃO À LUZ DO QUE DISPÕE A LEI N.º 7.210/1984. EXCEPCIONALIDADE REFUTADA PELA CORTE DE ORIGEM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A despeito da falta de previsão legal, "o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que é possível o deferimento de prisão domiciliar ao sentenciado recolhido no regime fechado ou semiaberto sempre que a peculiaridade concreta do caso demonstrar sua imprescindibilidade" (HC 404.006/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 22/11/2017). Todavia, "embora o benefício encontre espaço para aplicação

sob a norma contida no art. 117, inciso III, da Lei de Execução Penal, a análise do cabimento compete ao juízo das execuções, já que não se trata de efeito automático da existência de filhos menores" (HC 394.532/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 30/06/2017).

2. O Tribunal de origem, ao ressaltar que a Paciente cumpre pena em regime fechado e que não foi constatada situação excepcional que permita flexibilizar a regra disposta no art. 117 da Lei de Execuções Penais - notadamente porque não foi demonstrada situação de desamparo da criança - , concluiu não ser cabível a prisão domiciliar.

3. Agravo desprovido.

Ante o exposto, com base no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno do STJ, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para afastar a reincidência do paciente e, em consequência, redimensionar a sua pena para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

Intimem-se.

Brasília, 24 de março de 2020.

Reynaldo Soares da Fonseca

Relator