

**HABEAS CORPUS Nº 570.369 - SP (2020/0079030-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : JOSIANNE PAGLIUCA DOS SANTOS E OUTROS  
**ADVOGADOS** : JOSIANNE PAGLIUCA DOS SANTOS - SP408670  
MARIA CLARA D'ÁVILA ALMEIDA - DF054404  
RAISSA CARLA BELINTANI DE SOUZA - SP404214  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : MICHAEL LUIS DE OLIVEIRA (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MICHAEL LUIS DE OLIVEIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 1502572-83.2019.8.26.0228.

O paciente foi condenado, pelo juízo singular, por infração ao art. 33, *caput*, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 3 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 300 dias-multa (e-STJ, fls. 18/28).

O representante do *Parquet* apelou e o Tribunal *a quo* proveu o recurso para afastar o redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e aplicar ao paciente a pena de 6 anos de reclusão, mantido o regime inicial fechado (e-STJ, fls. 35/40).

Na presente impetração (e-STJ, fls. 3/17), a defesa sustenta haver constrangimento ilegal em razão do afastamento do redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com fundamento na quantidade e diversidade de entorpecentes apreendidos. Argumenta que tal fundamento já foi utilizado para exasperar a pena-base e que não pode basear o afastamento do referido benefício, por incorrer no vedado *bis in idem*. Aponta, ademais, que o paciente preenche todos os requisitos legais para obter a redução da pena.

Uma vez reduzida a pena, aponta ser cabível a fixação do regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, letra "c", do Código Penal, e

dos enunciados n. 440 da Súmula desta Corte e 718 e 719 da Súmula do STF.

Por fim, indica ser possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois preenchidos os requisitos do art. 44 do CP.

Diante disso, pede, liminarmente, a aplicação de regime inicial aberto, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Subsidiariamente, requer a concessão de prisão domiciliar, uma vez que o paciente encontra-se no grupo de risco para contaminação pelo coronavírus, tendo em vista o seu histórico de cardiopatia. No mérito, pleiteia a redução da pena, com a confirmação do pedido liminar.

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. Cumpre 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.

Na espécie, embora os impetrantes não tenham 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 para o julgamento desta impetração, 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 conforme com súmula ou com a jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores ou a contraria (AgRg no HC n.

513.993/RJ, Relator Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 25/6/2019, DJe 1º/7/2019; AgRg no HC n. 475.293/RS, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 3/12/2018; AgRg no HC n. 499.838/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 11/4/2019, DJe 22/4/2019; AgRg no HC n. 426.703/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 18/10/2018, DJe 23/10/2018; e AgRg no RHC n. 37.622/RN, Relatora 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, Relator 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 suplantar 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. 324.401/SP, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 2/2/2016, DJe 23/2/2016).

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, Relator 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, na presente impetração, a concessão da ordem para que seja aplicado o redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006; o regime inicial aberto, com substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; e, subsidiariamente, a concessão de prisão domiciliar.

O Tribunal *a quo* afastou o redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, aos seguintes fundamentos (e-STJ, fls. 39/40):

*Todavia, assiste razão ao Promotor, quando afirma que OLIVEIRA foi indevidamente beneficiado com esse privilégio.*

*Nos termos do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, o julgador poderá reduzir a pena fixada ao agente - de um sexto a dois terços - desde que este seja primário, não possua antecedentes criminais, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.*

*Cuida-se, pois, de faculdade que o Juiz de Direito usará ou não, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, e não direito subjetivo do acusado. E, na hipótese vertente, tendo em vista as circunstâncias que envolveram a prisão do réu, especialmente a quantidade e a diversidade dos entorpecentes apreendidos, não há dúvida de que OLIVEIRA possui sério envolvimento com a máquina criminosa que movimenta o comércio ilícito de entorpecentes. Em tais condições, OLIVEIRA não faz jus ao privilégio.*

*Fica, portanto, excluída essa causa de diminuição. Diante disso, mantenho a OLIVEIRA a pena-base fixada pela Magistrada a quo, na primeira fase, ou seja, 6 anos de reclusão, mais o pagamento de 600 dias-multa, no piso, quantum que torno definitivo, porque não há causas modificadoras.*

Para a 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.

Pela leitura do trecho destacado, verifica-se que as instâncias de origem, com base no acervo probatório colhido durante a instrução, entenderam que o paciente *se dedicava a atividades criminosas, tendo em vista não apenas a apreensão de grande quantidade e variedade de drogas*, mas especialmente as circunstâncias fáticas que envolveram sua prisão, mediante denúncia anônima que indicava a atuação criminosa em local conhecido como ponto de venda de drogas. Na ocasião, foi apreendida também contabilidade do tráfico.

Ademais, a sentença reconhece a existência de maus antecedentes, o que, por si só, já é suficiente para afastar a aplicação do benefício, nos termos da previsão expressa do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Diante disso, verifica-se que não foram atendidas as diretrizes exigidas para o reconhecimento do privilégio, pois, para se desconstituir tal assertiva, como pretendido, seria necessário o revolvimento da moldura fática e probatória delineada nos autos, inviável na via estreita do *habeas corpus*.

Nesse sentido:

*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, de minha relatoria, Quinta Turma, Julgado em 3/10/2017, DJe 11/10/2017).

Quanto ao regime inicial aplicado, definiu a jurisprudência desta Corte que, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso do que comporta a pena, é necessária a apresentação de fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Nesse sentido, confirmam-se as Súmulas n. 718 e 719 do Supremo

Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis* :

*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.*

Ademais, 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.

Examinando os autos, verifica-se que as instâncias de origem fixaram a pena-base acima do mínimo legal, tendo em vista a existência de circunstância judicial desfavorável, expressa na gravidade concreta da conduta, em razão da quantidade, variedade e natureza dos entorpecentes apreendidos.

Diante disso, não se mostra desarrazoada a aplicação do regime prisional inicialmente fechado, consoante a inteligência do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. Afinal, como é cediço, *deve-se manter o regime inicial fechado se, não obstante a sanção final seja superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, pela presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, nos termos dos arts. 59 e 33, §§ 2º e 3º, ambos do Código Penal* (AgInt no AREsp n. 383.079/BA, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 20/6/2017, DJe 26/6/2017).

Inalterada a pena, fica prejudicada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por ausência do requisito objetivo, previsto no art. 44 do Código Penal.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Por fim, a questão referente à possibilidade de aplicação de prisão domiciliar não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*, de forma que sua análise, nesta oportunidade, por esta Corte, implicaria indevida supressão de instância.

Ante o exposto, não evidenciado o alegado constrangimento ilegal, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **não conheço** do *habeas corpus*, por manifestamente inadmissível.

Intimem-se.

Brasília (DF), 02 de abril de 2020.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator