

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 463.407 - SP (2018/0201124-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RENAN LUÍS DA SILVA PEREIRA - SP398277
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENATO GARCIA PEREIRA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de RENATO GARCIA PEREIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal n. 0009361-41.2009.8.26.0482.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela suposta prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c/c o 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006, sobrevivendo sentença absolutória (e-STJ fls. 36/42).

Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, o qual foi provido para condenar o paciente pela prática do crime imputado na denúncia, razão pela qual foi apenado com 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 dias-multa (e-STJ fls. 44/55). Segue a ementa do acórdão:

ENTORPECENTES - RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - Réu que forneceu 4g (quatro gramas) de "cocaína", em forma de "crack" a dois adolescentes - Prova do delito - Testemunhos policiais válidos - Absolvição afastada - Causa de aumento descrita no artigo 40, inciso VI, da Lei de Drogas devidamente comprovada - Inviável a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, eis que o apelante não preenche os requisitos a tanto - Impossibilidade da substituição da pena corporal por pena restritiva de direitos - Fixação de regime inicial fechado - Recurso provido," com determinação.

Consta da decisão à e-STJ fl. 69 que o paciente foi beneficiado com a progressão para o regime semiaberto. A defesa pleiteou revisão criminal na origem, a qual se encontra em processamento (e-STJ fls. 78/79).

Superior Tribunal de Justiça

No presente *writ* (e-STJ fls. 3/33), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois não aplicou o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, embora ele preencha todos os requisitos legais para a sua incidência. Afirma, que a quantidade de droga apreendida, além de inexpressiva, não é critério idôneo para obstar o reconhecimento do tráfico privilegiado.

Assevera, ainda, que o regime inicial fechado, mais gravoso do que a pena aplicada comporta, não possui lastro em fundamentação idônea, devendo ser abrandado e, em decorrência da redução da pena, entende ser cabível o regime aberto e a substituição da reprimenda.

Ao final, formula pedido liminar para que o paciente aguarde em regime aberto ou semiaberto o julgamento deste *writ* e, no mérito, pede a concessão da ordem para que seja reconhecida a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da LAD em seu patamar máximo, e, por conseguinte, redimensionada a pena do paciente, abrandado o regime prisional e substituída a reprimenda.

O pedido liminar foi indeferido e, por estarem os autos suficientemente instruídos, foi dispensado o envio de informações.

O Ministério Público Federal, em parecer exarado às e-STJ fls. 119/123, opinou pelo não conhecimento do *mandamus* e, caso conhecido, pela denegação da ordem.

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 a impetrante, em suma, a aplicação da minorante pelo tráfico privilegiado, a alteração para o regime prisional aberto e a substituição da reprimenda.

Preliminarmente, cabe observar que, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n.

Superior Tribunal de Justiça

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 integrarem organização criminosa.**

Ao julgar a apelação criminal e não reconhecer a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, assim consignou o relator do voto condutor do acórdão, nas partes que interessam (e-STJ fls. 66/67, destaquei):

[...]

Passo, portanto, à dosimetria da pena.

Assim, levando em conta os critérios norteadores contidos no artigo 59 do Código Penal e artigo 42 da Lei nº 11.343/06, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos dias-multa) em seu mínimo unitário a minguada de antecedentes criminais (fls. 89).

Fixada a pena-base no mínimo legal descabe o reconhecimento de qualquer circunstância atenuante - Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

O apelado não demonstrou eficazmente o exercício de atividade lícita, e foi até mesmo desmentido por sua irmã, circunstância suficiente a indicar que fazia da mercancia espúria sua "profissão" ou meio de vida, tanto que indicou aos menores envolvidos a forma de fracionar, dosar e embalar a droga apreendida, circunstâncias suficientes a obstar, a meu ver, a redução prevista no artigo 33. parágrafo 4º, da lei de drogas.

[...]

Comprovado que o réu forneceu droga para menor, haja vista a farta prova testemunhai carregada aos autos, tornando inquestionável o envolvimento de menores na empreitada criminosa, é de rigor a incidência da causa especial de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei 11343/06, à razão de 1/6 de acréscimo, perfazendo o total definitivo de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa em seu mínimo unitário.

A pena corporal deverá ser cumprida no regime inicial fechado, único compatível com o tráfico, consoante a Lei nº. 8.072/90, com a nova redação trazida pela Lei n. 11.464/04.

Sem dúvida, a solução é absolutamente necessária, porquanto o delito em questão traz marcante intranquilidade à coletividade, deixando certa a falta de compromisso do agente com as regras

Superior Tribunal de Justiça

comezinhas de convivência social, não fazendo jus, por isso mesmo, a qualquer afago por parte do Estado, ao menos até que se submeta por algum tempo ao regime de retiro pleno, como forma de reflexão e de angariar confiança quanto à sua regeneração.

[...]

Pelos mesmos motivos, entendo incabível a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, solução claramente inadequada à repressão e prevenção do crime em questão, representando mesmo incentivo à criminalidade, tanto que encontra óbice legal (artigo 44 da Lei nº 11.343/06), e tal óbice, é preciso que se diga, nada tem de inconstitucional, ao contrário, a própria Constituição determina seja dispensado rigor diante de agente envolvido com crime de tráfico de entorpecentes (artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal).

Pela leitura do excerto acima, verifico que os fundamentos utilizados pela Corte estadual para afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado foi a **presunção** de que o paciente, por não haver demonstrado exercício de atividade lícita e, ainda, por haver ensinado aos adolescentes como fracionar, dosar e embalar a droga adquirida dele, *faria da mercancia espúria sua "profissão" ou meio de vida* (e-STJ fl. 52), sem, contudo, demonstrar, por meio de elementos concretos, que ele se dedicava a atividades criminosas, devendo incidir ao caso a máxima do *in dubio pro reo*.

Isso porque, em nosso ordenamento jurídico, a presunção de culpa é afastada pelo princípio constitucional da presunção de inocência, encravado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, como corolário dos fundamentos vitalícios do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, a garantia da liberdade deve sempre prevalecer sobre a pretensão punitiva do Estado, mormente como, *in casu*, quando inexistente prova convincente e necessária que permita ao juízo ter a certeza quanto à sua alegação.

Não bastasse isso, a quantidade de entorpecentes apreendido – **4 gramas de cocaína na forma de crack** – não é significativa para justificar o afastamento da minorante, em especial, por se tratar de réu primário e de bons antecedentes.

Ainda nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO.

INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADA À PENA CORPORAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME PRISIONAL FECHADO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE PRIMÁRIA E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO QUE NÃO LEVAM À CONCLUSÃO DA DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES ILÍCITAS. RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. VARIEDADE E NOCIVIDADE DE UMA DAS DROGAS APREENDIDAS. FRAÇÃO REDUTORA DE 1/3 APLICADA. PENA REDUZIDA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. NOCIVIDADE DO ENTORPECENTE QUE POSSIBILITA A FIXAÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM O BENEFÍCIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. ACÓRDÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO PARA ACUSAÇÃO E DEFESA. CASSADA LIMINAR ANTERIORMENTE DEFERIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- Nos termos do art. 33, § 4º, 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 integrarem organização criminosa. Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução retromencionada, 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, juntamente com as circunstâncias do delito, a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.

- Hipótese em que **a quantidade das drogas apreendidas não foi tão elevada a ponto de indicar, juntamente com as circunstâncias do delito, a dedicação da acusada, que é primária, às atividades ilícitas, de modo que a fundamentação utilizada pelo acórdão recorrido não se sustenta para, no caso em tela, afastar a figura do tráfico privilegiado.**

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio, para, cassando a liminar deferida, reconhecer o privilégio e, em decorrência, reduzir as penas da paciente para 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 388 dias-multa (HC n. 385.243/SP, de minha relatoria, Quinta Turma, Julgado em 21/3/2017, DJe 28/3/2017, grifei).

Superior Tribunal de Justiça

Dessa forma, tendo em vista a primariedade, os bons antecedentes e a ausência de demonstração de que o paciente se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa, reconheço o constrangimento ilegal em virtude da não incidência da minorante, razão pela qual a dosimetria da sua pena deve ser refeita.

Na primeira fase, mantenho a pena-base em 5 anos de reclusão. Ausentes atenuantes ou agravantes, aplico o redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 2/3, considerando a não expressiva quantidade de droga apreendida, razão pela qual torno a pena do paciente provisória em 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa. Incidente a causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI, da Lei n. 11.343/2006, com acréscimo de 1/6, torno a pena do paciente definitiva em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 193 dias-multa.

Quanto ao regime prisional, é consabido que, em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistiu a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto nos arts. 33, §§ 2º e 3º, c/c o 59, ambos do Código Penal.

Na espécie, o regime fechado, mais severo do que a pena comporta, foi fixado sem fundamentação idônea, em evidente afronta ao art. 93, IX, da Constituição da República e à Súmula n. 440/STJ, que segue transcrita: *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 também as Súmulas n. 718 e 719, ambas do 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.

Superior Tribunal de Justiça

Ademais, verifica-se, ainda, que foram apreendidas – 4 gramas de cocaína na forma de crack –, quantidade de entorpecente que não se apresenta elevada a ponto de justificar a fixação de regime mais gravoso.

Assim, na espécie, tendo em vista a quantidade da pena imposta, a primariedade do paciente e o fato de não haverem sido apontadas circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve ser-lhe conferido o regime aberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º, "c", e 3º, do Código Penal.

No tocante à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, reputo atendidos os requisitos objetivos e subjetivos para a concessão da benesse, nos termos do art. 44, I, II e III, do CP, razão pela qual o paciente faz jus à referida substituição. Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. REGIME ABERTO CABÍVEL. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. De acordo com a Súmula 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"; e com a Súmula 719/STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

3. Os fundamentos genéricos utilizados no decreto condenatório não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), nos termos da Súmula 440 desta Corte. Tratando-se de réu primário, cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea "b", e 3º, do Código Penal, deve a reprimenda de 4 anos, decorrente do crime de roubo, ser cumprida, desde logo, em regime aberto.

4. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, confirmando a liminar, para fixar o regime inicial aberto, salvo se, por outro motivo, o paciente não estiver descontando pena em regime mais severo. (HC n. 439.945/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 3/5/2018, DJe 10/5/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO ABSOLUTÓRIO. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA NÃO DEMONSTRADAS PELO ACÓRDÃO ESTADUAL. ILEGALIDADE CONFIGURADA. RECURSO PROVIDO.

[...]

2. Na espécie, as circunstâncias apontadas pelo acórdão recorrido não são suficientes para caracterizar a estabilidade e permanência necessárias à configuração do crime de associação para o tráfico, razão pela qual impossível a condenação pelo delito de associação para o tráfico. Precedentes.

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PRIMARIEDADE. PEQUENA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. NATUREZA DO ENTORPECENTE. APLICAÇÃO NA FRAÇÃO DE 1/2 (METADE).

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

2. In casu, afastada a condenação pelo crime de associação para o tráfico e inexistentes indícios de dedicação da sentenciada a atividades ilícitas, ou de sua participação em organização criminosa, sendo ela primária e de bons antecedentes, e considerando a quantidade não elevada da droga apreendida, mas sem olvidar sua natureza altamente danosa à saúde humana, de rigor a aplicação da benesse, mostrando-se razoável e proporcional ao caso a aplicação da fração redutora de 1/2 (metade).

REGIME INICIAL. DESPROPORCIONALIDADE AO QUANTUM FINAL DA PENA. ALTERAÇÃO PARA O MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS.

1. Reduzida a pena privativa de liberdade para patamar inferior a 4 (quatro) anos, ante a favorabilidade das circunstâncias judiciais e a pequena quantidade de entorpecente apreendido, proporcional o estabelecimento do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas, nos termos dos art. 33, § 2º, letra "c", § 3º e 44, ambos do CP.

2. Agravo regimental provido para absolver a agravante pelo delito de associação para o tráfico de entorpecentes e redimensionar sua pena para 2 anos e 6 meses de reclusão e multa, em regime inicial aberto e determinar a substituição da pena privativa de liberdade

Superior Tribunal de Justiça

por duas restritivas de direito, a serem designadas pelo Juiz Criminal competente. (AgRg no AREsp n. 1.181.560/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 24/4/2018, DJe 4/5/2018)

Ante o exposto, com fulcro no art. 34, XX, do RISTJ, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem ex officio** para aplicar ao paciente a pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial aberto, mais o pagamento de 193 dias-multa. Determino, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a critério do Juízo das Execuções Penais.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 28 de setembro de 2018.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator