



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 815922 - SP (2023/0123102-0)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : LUIZ HENRIQUE DE FRANÇA
ADVOGADO : LUIZ HENRIQUE DE FRANÇA - SP417493
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VALDINEI NASCIMENTO FILGUEIRAS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de VALDINEI NASCIMENTO FILGUEIRAS apontando como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (Apelação n. 2037982-14.2023.8.26.0000).

Depreende-se dos autos que o réu foi condenado a 5 anos de reclusão, no regime inicialmente fechado, pela prática do delito de tráfico de drogas por trazer consigo um invólucro que continha 13 microtubos contendo cocaína e ainda mantinha, no interior de entulhos, no local, uma bolsa contendo 13 microtubos de cocaína, 26 porções de *crack* e 16 porções de maconha (e-STJ fl. 10).

Inconformado, impetrou *habeas corpus*, denegado na origem, em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 14):

HABEAS CORPUS – TRÁFICO PRIVILEGIADO – CONDENAÇÃO EM REGIME INICIAL FECHADO – MANEJO INADEQUADO DO WRIT CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO RECURSAL – ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL É MATÉRIA ADSTRITA AO JULGAMENTO DE EVENTUAL APELO A SER INTERPOSTO – AUSÊNCIA DE NULIDADE OU TERATOLOGIA – ORDEM DENEGADA.

Daí o presente *writ*, no qual sustenta a defesa que o paciente preenche os requisitos para a fixação de regime inicial menos gravoso, pois é primário, portador de bons antecedentes.

Afirma que "a gravidade em abstrato do delito, fundamento utilizado pelo magistrado para a fixação e manutenção do regime fechado, não constitui fundamento idôneo para a fixação do regime mais gravoso do que aquele indicado pelo quantum de pena, conforme Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça e 718 do Supremo Tribunal Federal" (e-STJ fl. 5).

Requer:

1. A concessão liminar de ordem de habeas corpus deferindo-se ao paciente o direito de aguardar o julgamento do mérito deste remédio heroico em liberdade, expedindo-se alvará de soltura;
2. A intimação do I. representante do Ministério Público para intervir no feito;
3. Seja, ao final, declarado o constrangimento ilegal sofrido pelo paciente, ante a manifesta ilegalidade da decisão prolatada pela autoridade coatora quanto a fixação do regime fechado sem fundamentação legal.

Liminar indeferida.

Informações prestadas.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (e-STJ fls. 185/190).

É o relatório.

Decido.

Acerca da dosimetria da pena, consta da sentença condenatória o seguinte (e-STJ fls. 20/21):

Passo à dosimetria da pena.

A pena-base do crime do art. 33, caput, da Lei de Drogas será fixada acima do mínimo legal, tendo em vista a especial circunstância de se tratar parte da droga apreendida de cocaína, entorpecente este que causa dependência química, vulnerando com maior intensidade a saúde pública pelos deletérios efeitos à integridade física dos consumidores da droga, havendo, assim, maior desvalor da conduta do acusado quando comparado, por exemplo, com a conduta relativas a outras drogas, como por exemplo, o cloreto de etila, impondo-se a exasperação da pena. A jurisprudência corrobora este entendimento: "A natureza e a quantidade da droga apreendida, em atenção ao disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, são circunstâncias que, por si só, justificam o aumento da pena-base acima do mínimo legal" (STJ - HC n.º 165.387/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 8-2-2011, DJe 21-2-2011). Fixo, em razão destas circunstâncias, a pena-base em 6 anos de reclusão e 500 dias- multa, no piso legal.

Não há agravantes, nem atenuantes.

Sobre o redutor do art. 33, §4º, da Lei de DROGAS, tem-se que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação do índice de redução ou até mesmo impedir a sua aplicação da causa de diminuição de pena (STJ - AgRg no HC 562.200/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2020, DJe 23/06/2020). In casu, porque primário, reduzo a pena em 1/6 em face do art. 33, §4º da Lei 11.343/06, redução esta abaixo do patamar máximo, tendo em vista a natureza da droga apreendida cocaína e que vulnera com maior intensidade a saúde pública e sua quantidade. Perfaz, pois, a reprimenda 5 anos de reclusão e 416 dias-multa.

O regime de cumprimento de pena será o inicial fechado, tendo em vista a quantidade e a natureza da droga apreendida, e, ainda, a circunstância do crime de tráfico de drogas ser por demais grave, sendo certo que atualmente é o crime que mais vêm gerando violência no país, impondo-se reconhecer a necessidade da fixação do regime de cumprimento de pena mais rigoroso.

Em atendimento ao art. 387, §2º, do Código de Processo Penal, consigna-se que o tempo de prisão provisória em nada altera a fixação do regime inicial

de cumprimento de pena, ante a ausência de prova acerca dos requisitos subjetivos para a concessão dos benefícios legais, que deverão ser buscados junto ao juiz das execuções criminais (art. 66, III, b, da Lei de Execuções Penais).

Como se vê, a exasperação da pena-base, modulação da minorante e o recrudescimento do regime foram assentados basicamente na quantidade e na variedade da droga apreendida.

No entanto, tenho que o total de entorpecente apreendido não se revela expressivo o suficiente para justificar o agravamento da reprimenda na primeira fase da dosimetria, a modulação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, ou o agravamento do regime inicial de cumprimento da pena, mormente no caso de réu primário e sem antecedentes criminais.

No ponto, cabe a ponderação do Ministro Sebastião Reis Júnior, relator nos autos do HC n. 593.560/SP, que, em decisão monocrática em caso análogo, observou que *"o paciente é primário, sem antecedentes e não houve nenhuma vetorial negativa. Além disso, a quantidade de drogas não se mostra excessiva para afastar o privilégio, além de que não podem ser consideradas questões relativas a denúncias anônimas, ações penais em andamento, e a motivação do Magistrado sobre o armazenamento de entorpecentes ou local em que era guardado ou o fato de o paciente estar desempregado não são suficientes para afirmar que exista, de fato, dedicação ao tráfico ou que o paciente faça parte de alguma organização"* (julgado em 24/3/2021, DJe 26/3/2021, grifei).

Evidente, portanto, o constrangimento ilegal, mostrando-se imperioso o recálculo da pena.

Dessa forma, reduzindo-se a pena-base ao mínimo legal e reconhecendo-se a incidência da minorante do § 4º da Lei n. 11.343/2006, na fração de 2/3, a pena do recorrente deve ser reduzida para 1 ano e 8 meses de reclusão.

Assim, diante do novo *quantum* da reprimenda, o paciente faz jus ao regime inicial aberto, o qual se revela como o mais adequado à prevenção e à repressão do delito em tela, conforme o art. 33, § 3º, do Código Penal.

Por fim, afastada a hediondez ou a gravidade abstrata do crime como critério para obstar a substituição das penas, e preenchidos os pressupostos previstos no art. 44 do Código Penal, resulta cabível a conversão da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das execuções criminais.

Ante o exposto, **concedo a ordem de *habeas corpus*** para, nos termos acima deduzidos, reduzir a reprimenda do recorrente para 1 ano e 8 meses de reclusão, fixar o regime aberto de cumprimento de pena, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das execuções criminais.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 05 de maio de 2023.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator