



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 638558 - MS (2021/0001163-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
FRANCISCO CARLOS BARIANI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : JOSE RIBAMAR CANTANHEDE COSTA (PRESO)
CORRÉU : HENRIQUE PIRES DA SILVA
CORRÉU : DOUGLAS MARCELO QUEIROZ
CORRÉU : ANA CAROLINA ALVES DE MEDEIROS SILVA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, sem pedido liminar, impetrado em favor de JOSÉ RIBAMAR CANTANHEDE COSTA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, no julgamento da Apelação Criminal n. 0002064-37.2019.8.12.0024.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa, pela prática do delito tipificado no **art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006** (e-STJ, fls. 103/132).

Irresignado, o *Parquet* apelou e o Tribunal estadual negou provimento ao recurso (e-STJ, fls. 174/189 e 197/213), em acórdão assim ementado:

EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL — RECURSO DEFENSIVO — TRÁFICO DE ENTORPECENTES — TRÁFICO PRIVILEGIADO — QUATRO RÉUS ENVOLVIDOS — REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS — PENA-BASE — FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA — NATUREZA DOS ENTORPECENTES — DIVERSIDADE DE DROGAS — COCAÍNA E CRACK — AUMENTO PROPORCIONAL E RAZOÁVEL — REGIME PRISIONAL FECHADO — REINCIDÊNCIA,

VETOR NEGATIVADO, PERICULOSIDADE E GRAVIDADE — INVIABILIDADE DE ABRANDAMENTO — PREQUESTIONAMENTO ATENDIDO — COM O PARECER, RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. A fim de se aplicar a causa de diminuição de pena, consistente no tráfico privilegiado, deve o agente preencher cumulativamente os requisitos do art. 33, §4º, da Lei nº 11.434/06, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não dedicação a atividades criminosas e não integração com organização criminosa, sendo que, na ausência de um destes, inviável a aplicação da benesse legal.

2. Na primeira etapa da dosimetria referente à condenação pela narcotraficância, deve-se levar em consideração as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, além das preponderantes moduladoras específicas do art. 42 da Lei nº 11.343/06, revelando-se viável a incrementação da sanção básica em decorrência da natureza das drogas apreendidas (cocaína e crack).

3. Não há falar em redução da pena-base ao mínimo legal se obedecido o comando constitucional espelhado nos artigos 5º, XLVI, e 93, IX, referentes à individualização da pena, sendo razoável o incremento proporcional e razoável aplicado, levando em consideração que se trata de diversidade de entorpecentes, sabidamente de elevado potencial lesivo e de alto poder viciante.

4. Em atenção às diretrizes do art. 33 do Código Penal, embora apenas em relação a um dos acusados a pena supere oito anos, não se pode descartar que dois deles ostentam reincidência, específica inclusive, e que em relação aos quatro houve demérito de circunstância judicial preponderante (natureza dos entorpecentes), sem desconsiderar, ademais, que o contexto de fatos lhes prejudica, pois, além da comunhão de esforços, cada qual operou de forma individualizada, denotando a peculiar periculosidade que os dirigia nos intentos delituosos, bem assim o singular e acentuado perigo concreto deles nas condutas, situação que inviabiliza o cumprimento das reprimendas em regime inicial diverso do fechado.

5. É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

No presente *writ* (e-STJ, fls. 3/13), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, na medida em que manteve o regime inicial fechado *em razão da presença de apenas uma circunstância judicial desfavorável* – “natureza da droga” – (e-STJ, fl. 8). Desse modo, defende que inexistindo circunstância que possa justificar a escolha do regime inicial mais gravoso, imperioso se torna o seu abrandamento para o regime inicial semiaberto.

Diante disso, requer a concessão da ordem para que seja fixado o regime inicial semiaberto ao paciente.

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.

Cumpra 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. 113.890/SP, 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 contrária (AgRg no HC n. 513.993/RJ, Relator Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 25/6/2019, DJe 17/7/2019; 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*, 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).

Conforme relatado, busca a impetrante, em suma, o abrandamento do regime prisional do paciente.

Preliminarmente, 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, a personalidade e a conduta social do agente em relação às demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Sob essas diretrizes, ao sentenciar o paciente e fixar-lhe as penas, o Magistrado asseverou que (e-STJ, fls. 106/123, destaquei):

[...]

Isso porque, em relação ao réu JOSÉ RIBAMAR, este confessou a prática delitativa, aduzindo que, nas circunstâncias descritas na peça acusatória, estava comercializando "pedra de crack" e "cocaína", inclusive, já tinha atendido três usuários no dia da abordagem, vendendo cada "paradinha" pelo valor de R\$ 10,00 (dez reais) - f. 24/26 e 302.

Ademais, mencionada confissão restou corroborada pelos demais elementos de prova angariados aos autos, dos quais resultou incontroverso que referido acusado praticou o delito de tráfico de drogas, mediante venda a usuários, próximo ao estabelecimento do "Bar do Tonho", localizado na Avenida Presidente Vargas, esquina com a Rua Francisco Lúzio, Vila Barbosa, nesta cidade.

Nessa senda, as testemunhas Renan Manos Zanatti, Leonel Pithon Pereira Júnior (fase extrajudicial e em juízo), Lucas Marcelino Alcântara de Oliveira (fase extrajudicial) e Marcelo Garcia de Paula (fase extrajudicial), policiais civis, de forma uníssona e coerente, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, asseveraram que receberam informações de traficância praticada por um indivíduo no bar do "Tonho", nesta cidade, local bastante conhecido como ponto de tráfico de drogas que, por sua vez, fica próximo a outro ponto de venda de drogas, igualmente muito conhecido nesta cidade, denominado "Bar da Maria".

Passaram a aprofundar as investigações, em atividade de observação velada (campana), primeiramente, mediante diligência do policial Lucas, o qual constatou a veracidade das informações e solicitou o apoio da equipe policial, que prontamente se dirigiu ao local, instante em que puderam visualizar duas pessoas conhecidas nos meios policiais como usuárias de drogas, chegando até o indivíduo - posteriormente identificado como sendo o acusado JOSÉ RIBAMAR CANTANHEDE COSTA -, e saindo brevemente, após a troca de objetos, sendo que o réu retirava a droga da boca e entregava para o usuário. Diante disso, decidiram pela abordagem do acusado em comento e lograram encontrar 15 (quinze) trouxinhas da substância entorpecente conhecida como crack, escondida em sua boca, o valor de R\$ 30,00 (trinta reais) em dinheiro e 11 (onze) trouxinhas de cocaína, que estavam em seu bolso.

[...]

Com efeito, é robusta a prova do tráfico perpetrado pelos corréus JOSÉ RIBAMAR CANTANHEDE COSTA, HENRIQUE PIRES DA SILVA, DOUGLAS MARCELO QUEIROZ e ANA CAROLINA ALVES DE MEDEIROS SILVA, em concurso de agentes, não prosperando a negativa de autoria e a tese defensiva de absolvição em relação aos corréus HENRIQUE, DOUGLAS e ANA CAROLINA.

Não incide a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, pois a prova dos autos evidencia que os acusados dedicavam-se ao nefasto comércio, praticado mediante multiplicidade de agentes e divisão de tarefas, com a venda a varejo em ponto habitual de consumo e venda de drogas (Bar do Tonho), afigurando-se inaplicável a causa de diminuição em comento. Além do que, HENRIQUE PIRES e DOUGLAS MARCELO são reincidentes específicos no crime de tráfico, avultando-se o descabimento da mencionada causa de diminuição.

De outro vértice, incidem as atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa em relação ao réu JOSÉ RIBAMAR, nos termos do art. 65, incisos I e III, alínea d, do Código Penal.

[...]

3.1. JOSÉ RIBAMAR CANTANHEDE COSTA:

1ª Fase - Circunstâncias Judiciais: no que tange às circunstâncias previstas no art. 42, da Lei 11.343/2006, a natureza da droga deve ser valorada negativamente, pela diversidade e poder deletério das substâncias entorpecentes conhecida como "crack" e "cocaína", dotadas de grande potencial de causação de dependência, além de inúmeros problemas sociais e familiares, justificando a exasperação

da pena-base. Vetor preponderante negativo. Inexiste elementos nos autos para aferir a personalidade e a conduta social do réu. Vetores neutros. Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, tenho que: a conduta se mostra com culpabilidade já devidamente reprovada pela própria norma do tipo penal, não se mostrando acentuada de modo a influir no cálculo da pena. Vetor neutro. No tocante aos antecedentes criminais, ausente anotação nas certidões acostadas aos autos (f. 136/137, 275, 338 e 339/342). Vetor neutro. Quanto à conduta social e a personalidade, reporto-me ao exposto acima. Vetores neutros. O motivo do crime pode ser atribuído à mera obtenção de lucro fácil, implícito na prática da infração. Vetor neutro. As circunstâncias não mostram peculiaridades de modo a interferir negativamente na aferição da pena. Vetor neutro. No tocante às consequências do delito são as próprias do tipo penal vergastado. Vetor neutro. O comportamento da vítima, sendo o sujeito passivo a coletividade, em nada influiu para a prática da infração. Vetor neutro. Em obediência aos critérios fixados nos artigos 42, da Lei 11.343/06 e 59, do Código Penal, e tendo em conta a presença de uma circunstância judicial negativa preponderante, a pena-base deve ser fixada em 06 (seis) anos e 02 (dois) meses de reclusão e pagamento de 612 (seiscentos e doze) dias-multa.

2ª Fase - Circunstâncias Atenuantes e Agravantes: presentes as atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa (art. 65, incisos I e III, alínea "d", do Código Penal e Súmula nº 545, do STJ), conforme fundamentação. Não há agravante. Destarte, atenuo a pena-base em um sexto para cada atenuante e fixo a pena provisória em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, observando-se o disposto na Súmula nº 231, do STJ, in verbis: A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

3ª Fase - Causas de Diminuição e de Aumento: não incide a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, conforme fundamentação, e não há causa de aumento. Destarte, torno definitiva a pena do réu em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. Estabeleço o valor unitário do dia-multa em 1/30 do salário mínimo nacional vigente ao tempo do fato, ante a ausência de informações concretas acerca das condições financeiras do acusado.

4. Regime Inicial: fixo o regime inicial FECHADO, nos termos do art. 33, §3º, c/c art. 59, ambos do Código Penal. A imposição de referido regime se justifica diante da reprovabilidade concreta da conduta, ante a presença de uma circunstância judicial negativa preponderante, relativa à natureza da droga, ou seja, crack e cocaína. Ademais, a comercialização em ponto habitual de venda de drogas, além da prática em contexto de multiplicidade de agentes, corroboram a conclusão acima. Destarte, é o regime necessário e suficiente para a prevenção e repressão do crime. Em observância ao art. 387, §2º, do Código de Processo Penal, não há que se alterar o regime inicial, pois fundamentado na circunstância judicial negativa e a concreta gravidade do crime e não no quantum de pena.

Consoante visto acima, verifico que a pena-base do paciente foi exasperada em 1 ano e 2 meses, devido ao desvalor conferido à natureza dos entorpecentes apreendidos – 1,7 gramas de crack e 1,6 gramas de cocaína (e-STJ, fl. 104) –. Com efeito, embora a

quantidade e natureza das drogas apreendidas sejam fundamentos idôneos para exasperar a basilar, nos termos do art. 42, da Lei n. 11.343/2006, o qual preceitua que serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, constato que as quantidades apreendidas não demonstram maior censurabilidade àquela necessária à própria tipificação do delito.

Desse modo, uma vez evidenciada a flagrante ilegalidade na exasperação das basilares do paciente, reduzo-as, de ofício, para 5 anos de reclusão, e 500 dias-multa, as quais ficam mantidas na segunda fase e terceira fases do cálculo dosimétrico, por força da Súmula n. 231 do STJ, e ausentes causas de aumento ou de diminuição de pena.

Quanto ao regime prisional, considerando-se a primariedade do paciente e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, tanto que sua nova pena privativa de liberdade foi estabelecida no piso legal (5 anos de reclusão), deve ser-lhe conferido o regime inicial semiaberto, por expressa previsão legal, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal, e do art. 42, da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

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, grifei)

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 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)

Por oportuno, é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, por expressa vedação legal, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

Ante o exposto, com fulcro no art. 34, XX, do RISTJ, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem ex officio**, para fixar a pena-base do paciente em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, sem reflexo, contudo, em sua reprimenda final, e determino o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena, mantidos os demais

termos da condenação.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal impetrado, e ao Juízo de primeiro grau.

Intimem-se.

Brasília, 07 de março de 2021.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator