

HABEAS CORPUS Nº 465.843 - SP (2018/0215870-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : JOAO BATISTA GARCIA DOS SANTOS
ADVOGADO : JOAO BATISTA GARCIA DOS SANTOS - PR042119
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADEILDO GOMES DA SILVA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ADEILDO GOMES DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado (e-STJ fl. 49).

TRÁFICO DE DROGAS - CONDENAÇÃO PELO ARTIGO 28, CAPUT, DA LEI 11.343/06 - INOCORRÊNCIA - FLAGRANTE - APREENSÃO DE 07 PEDRAS DE CRACK E PORÇÕES DE MACONHA E COCAÍNA - DIVERSIDADE DE ENTORPECENTES E CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO, CORROBORADO POR DEMAIS ELEMENTOS ACOSTADOS AOS AUTOS, EM ESPECIAL PELAS DECLARAÇÕES DOS POLICIAIS MILITARES - DEPOIMENTOS FIRMES E SUBSTANCIAIS - VALIDADE - DELITO QUE SE CONFIGURA INDEPENDENTEMENTE DA "TRADITIO" - CONDENAÇÃO PELO TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS NECESSÁRIA - RECURSO DA JUSTIÇA PÚBLICA PROVIDO.

Consta dos autos que o paciente, em primeiro grau de jurisdição, foi condenado à pena de prestação de serviços à comunidade por 05 (cinco) meses, pela prática do delito previsto no art. 28, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 30/32).

A sentença foi reformada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, após interposição de recurso ministerial, e a conduta do agente foi enquadrada no artigo 33 do mesmo diploma legal. Ao final, foi condenado à pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias multa (e-STJ fls. 48/65).

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/12), o impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, porquanto estaria gerando uma desproporcionalidade entre acusação e a condenação, ente outros motivos.

Alega que a condenação por tráfico de drogas ocorreu, indevidamente, porque o paciente foi encontrado na posse do entorpecente e negou ser usuário de drogas.

Por fim, aponta desproporcionalidade na dosimetria da pena, tendo em vista que o paciente portava 58g de substância entorpecente.

Requer, liminarmente, a suspensão dos efeitos da condenação e, por conseguinte, que seja expedido alvará de soltura em favor do paciente. No mérito, pleiteia seja anulada a condenação imposta.

Indeferido o pleito liminar (e-STJ fls. 70/71), opinou o Ministério Público Federal "pelo não conhecimento do *habeas corpus*" (e-STJ fls. 75/78).

É o relatório. Decido.

De início, observa-se que este Superior Tribunal de Justiça já examinou a tese de desclassificação/ausência de provas de autoria delitiva no HC-367.380/SP. Eis a ementa do julgado:

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. 1. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. 2. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO. EXAME QUE DEMANDA REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PLEITO INVIÁVEL NA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. 3. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. A Primeira Turma do STF e as Turmas que compõem a Terceira Seção do STJ, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de

impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Não é possível, na via eleita, o exame do pedido de desclassificação, uma vez que se trata de providência que demanda aprofundado exame do arcabouço fático-probatório carreado nos autos, o que não se revela consentâneo com o instrumento processual utilizado. Com efeito, cabe às instâncias ordinárias condenar ou absolver o réu, bem como aferir a correta tipicidade da conduta imputada, haja vista terem amplo espectro cognitivo dos fatos e provas dos autos. O juízo condenatório se insere no campo da discricionariedade motivada do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto, somente passível de revisão por esta Corte no caso de flagrante ilegalidade, o que não se verificou no caso dos autos.

3. *Habeas corpus não conhecido.*

Em relação à dosimetria da pena, assim decidiu o Tribunal estadual (e-STJ fls. 60/65):

Seguindo as diretrizes dos artigos 59 e 60, ambos do Código Penal, estabeleço a pena-base no mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Na seqüência, elevo-a em 1/6 (um sexto), em razão da reincidência (fls. 92, 94 e 100), totalizando 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, tornando-a definitiva à míngua de circunstâncias modificadoras.

Não é o caso de se aplicar a benesse do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas. Com efeito, o réu é reincidente, deve-se levar em consideração a considerável quantidade de entorpecentes apreendidos, bem sua diversidade e natureza (cocaína, crack e maconha); Adeildo Gomes da Silva demonstrou comportamento voltado ao delito, não sendo recomendável a adoção dessa medida, aliás, de caráter facultativo, uma vez que a norma legal dispõe que "as penas poderão ser reduzidas". Assim, fica ao prudente arbítrio do julgador essa análise no caso concreto.

Observo que o traficante, de grande ou pequeno porte, é um dos responsáveis diretos pela onda de violência que avassala o país. A insuficiência da substituição para a repressão e prevenção do tráfico ilícito de entorpecentes é patente de maneira que, frise-se, neste caso, a conduta do réu não se amoldaria no mencionado

artigo 33, § 4º, da Nova Lei de Drogas, devendo prevalecer a não aplicação dessa benesse.

A deterioração moral em destacados seguimentos da sociedade brasileira já alcançou níveis insuportáveis, a ponto de afetar a tranqüilidade social e a própria ordem pública. As práticas criminosas se tornaram condutas corriqueiras, de execução fácil e exercidas descaradamente, numa verdadeira inversão de valores.

Por essa razão, o que na verdade compensa analisar, é se a personalidade do indivíduo é ou não perigosa em razão simplesmente dos fatores apontados ou pela maior ou menor gravidade e as circunstâncias e conseqüências do ilícito praticado.

A prática de todo crime grave, seja pela sua própria natureza ou em razão dos meios de execução empregados e da extensão danosa das seqüelas que causa, deixa clara a periculosidade do seu autor, independente de seus bons antecedentes, de possuir residência fixa e cuja condição econômica, funcional, social ou familiar no distrito da culpa faça pressupor um vínculo pessoal e psicológico a ele, capaz de evitar sua fuga ou a possibilidade de prosseguir na senda do crime.

Isto porque o ato antijurídico executado nessas condições demonstra a exteriorização do instinto criminoso latente do agente, até então guardado em seu inconsciente ("id") e inibido pelo consciente ("superego"), este formado pelas informações recebidas pelo indivíduo do meio social em que vive.

Uma vez rompido ou viciado o mecanismo inibidor, o instinto criminoso se manifesta e se exterioriza em atos. E se o fator inibidor já está deformado pela introjeção de conceitos e práticas antijurídicas, nada conterà a reiteração de condutas criminosas por parte do indivíduo. Assim, ainda que pratique um só delito, o agente pode ser considerado perigoso, possuidor de potencialidade para prosseguir na vida de crimes e, por essa razão, deve ser segregado e apenado com uma sanção que seja a medida necessária e suficiente para a prevenção e reprovação do crime.

Quanto à substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, observo que recente decisão do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 97.256, redundou na edição da Resolução nº 05/2012, do Senado Federal, suspendendo a proibição que constava do § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06 para aplicação da benesse, deixando a matéria ao prudente arbítrio do juiz, que analisará, no caso concreto, sua adequação como medida necessária e suficiente à prevenção e reprovação do delito.

Na hipótese em análise, observo que a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não se mostra adequada, tendo em vista as circunstâncias do crime, a natureza e diversidade das drogas apreendidas (maconha, cocaína e crack), bem como o comportamento e a personalidade de Adeildo, que se revelaram voltados ao delito, dedicando-se ao tráfico de entorpecentes.

O regime deve ser o inicial fechado, nos termos da Lei 11.464, de 28 de março de 2007, cabendo ao Juízo das Execuções Criminais a análise do eventual preenchimento dos requisitos para a concessão de progressão. Se assim não fosse, não teria sentido outro regime a ser fixado. O legislador, ao tratar o traficante de drogas com o rigor necessário, até pelo fato de o delito ser equiparado a hediondo, negou-lhe vários benefícios que a outras espécies de criminosos seriam cabíveis, como fiança, indulto, sursis, liberdade provisória etc. Portanto, seria contraditório que, condenados, esses infratores recebessem pena alternativa ou cumprissem as reprimendas em regime diverso do fechado.

Lembro que há determinação expressa no artigo 2º, § Iº, da Lei nº 8.072/90, de que as penas por crime hediondo ou equiparado iniciam-se no regime fechado.

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso da Justiça Pública para condenar Adeildo Gomes da Silva à pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, por infração ao artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06. Expeça-se mandado de prisão.

Quanto à aplicação da pena-base, nota-se que a Corte de origem fixou-a no mínimo legal (5 anos de reclusão), o que, por si só, afasta suposto constrangimento ilegal (Súmula 231/STJ). Após, em razão da reincidência, foi a reprimenda aumentada em 10 (dez) meses, ou seja, em 1/6 (um sexto), o que não configura ilegalidade.

Em relação à não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, o paciente não preenche os requisitos previstos na norma constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, cujo teor é expresso ao vedar a aplicação da benesse aos reincidentes, nos termos seguintes (grifado):

Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Verifica-se, ainda, que o regime inicial fechado foi adequadamente fixado, pois se tratando de condenação superior a 4 (quatro) anos de reclusão, o paciente não faz jus ao regime intermediário, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. Do mesmo modo, a quantidade da pena fixada veda a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Veja-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. RÉU REINCIDENTE. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. REINCIDÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, "B", DO CÓDIGO PENAL - CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DO REQUISITO DE ORDEM OBJETIVA PREVISTO NO ART. 44, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL - CP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. A aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique às atividades delituosas nem integre organização criminosa. In casu, a Corte estadual entendeu pela inaplicabilidade do dispositivo, ante a constatação de que o paciente ostenta a condição de reincidente e a quantidade de

droga apreendida é significativa, circunstâncias indicativas de que o réu se dedicava ao comércio ilícito de drogas.

3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

4. Sedimentou-se, nesta Corte Superior, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º, do Código Penal - CP em conjunto com o art. 42 da Lei 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

Na hipótese dos autos, não evidencio a existência de flagrante ilegalidade na fixação do regime prisional mais gravoso, pois, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, uma vez que foram-lhe favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, e a pena total seja superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, o regime inicial fechado foi fixado exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, por se tratar de paciente reincidente.

5. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, uma vez que o paciente não preenche o requisito de ordem objetiva previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 474.550/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 10/12/2018)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ANOTAÇÃO CRIMINAL CONFIGURADORA DE REINCIDÊNCIA. PEDIDO DE AFASTAMENTO. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE REQUISITOS. REGIME FECHADO. ADEQUADO. RÉU PORTADOR DE REINCIDÊNCIA (ART. 33, § 2º, B, § 3º, CP). SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PREJUDICADO. REPRIMENDA MANTIDA ACIMA DE 4 ANOS. DETRAÇÃO. JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. WRIT NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena quando não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se tratar de flagrante ilegalidade, vale dizer: "o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 11/4/2005).

III - O pleito de afastamento da anotação criminal configuradora de reincidência, em razão do delito de porte de droga para consumo próprio, não foi enfrentado pela eg. Corte de origem, que, ao apreciar a apelação lá interposta, limitou-se ao exame da absolvição, dosimetria (pena-base), aplicação do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei de Drogas), regime inicial de cumprimento de pena e substituição da pena corporal, nada dispondo sobre afastamento de anotação criminal configuradora de reincidência por porte de droga para consumo próprio. Desse modo, inviável o exame do pleito, na hipótese, pois tal proceder configuraria indevida supressão de instância, situação rechaçada por esse Tribunal Superior.

IV - inviável a aplicação, in casu, do redutor legal do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, ante a reconhecida reincidência do paciente. Sobre o tema, importa ressaltar que os requisitos dessa causa de diminuição de pena (primariedade, bons antecedentes, não dedicação à atividades criminosas ou não participação em organização criminosa) são de observância cumulativa. A ausência de qualquer deles implica o afastamento da minorante.

V - O regime inicial adequado à hipótese é o inicial fechado, nos termos do art. 33, § 2º, b e § 3º, do Código Penal. Isso porque, conforme já minuciosamente exposto, o paciente é reincidente e foi condenado a pena superior a quatro anos

VI - Mantida a pena cominada ao paciente em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, prejudicado o pedido de substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, pois não preenchidos os requisitos estabelecidos no art.

44 do Código Penal.

VII - Quanto ao pleito de detração para fins de progressão de regime, consigno que não há nos autos elementos que permitam avaliar a possibilidade ou não da concessão da benesse, razão pela qual deverá o pedido ser apresentado perante o Juízo da Execução Penal.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 471.230/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018)

Ante o exposto, **nego seguimento** ao presente *habeas corpus*.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 13 de fevereiro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator