HABEAS CORPUS Nº 491.215 - SP (2019/0027947-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO RAFAEL ALVAREZ MORENO - SP323932
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	FELIPE MARIANO DE ARAUJO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de FELIPE MARIANO DE ARAUJO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação Criminal n. 0001813-95.2017.8.26.0542.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (tráfico privilegiado), à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado.

Interposta apelação, pela defesa, o Tribunal negou provimento ao recurso. Eis a ementa do julgado:

> *Apelação defensória Tráfico de entorpecentes Materialidade e autoria bem demonstradas Testemunhos dos agentes policiais, sob o crivo do contraditório, ratificando a prova administrativa Despicienda, outrossim, a análise de todo o material ilícito apreendido, nos termos do art. 50, § 3º, da lei de regência Condenação mantida Bases fixadas no mínimo Menoridade desprezada, a teor da Súmula 231 do STJ Redução, em seguida, de 1/6, nos termos da minorante do § 4º do art. 33 da Lei Especial, resignada a acusação Regime fechado e impossibilidade de substituição da física por restritivas de direito Hediondez persistente Detração Matéria de competência do juízo das execuções criminais Precedentes Recurso desprovido.* (fl. 36)

No presente *writ*, a defesa sustenta que a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 deve ser aplicada na fração máxima (2/3). Ressalta que a legislação não faz referência à quantidade de drogas para o dimensionamento da redução.

Aduz, ainda, que *imposta pena igual ou inferior a 4 anos, cabível o regime aberto* (fl. 7). E, por fim, alega ser imperiosa a substituição da reprimenda

corporal por restritiva de direitos.

Requer, em liminar e no mérito, a concessão da ordem nesses termos.

Indeferido o pedido de liminar e prestadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento ou denegação do *writ*, nos termos da seguinte ementa:

> *PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. DESCABIMENTO. NARCOTRÁFICO (88 INVÓLUCROS PLÁSTICOS CONTENDO 43,5G DE COCAÍNA). DOSIMETRIA PENAL. REDUTOR DO §4º DO ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/06 NA FRAÇÃO MÁXIMA (2/3). INVIÁVEL. JUSTIFICADA A REDUÇÃO EM 1/6 ANTE QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. RÉU CONDENADO A 4 ANOS E 2 MESES DE RECLUSÃO SOB REGIME INICIAL FECHADO. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. PROGRESSÃO AO SEMIABERTO. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO OU DENEGAÇÃO DO WRIT.* (fl. 161)

É o relatório.

Decido.

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, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a aplicação da minorante (art. 33, § 4º, da Lei de Drogas) em seu grau máximo, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

No caso, policiais surpreenderam o paciente na posse de 88 invólucros contendo 43,5g de cocaína. O Juízo de primeiro grau, ao condená-lo por tráfico de drogas, aplicou a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 na fração de 1/6. O Tribunal *a quo*, por sua vez, negou provimento à apelação defensiva, conforme se extrai dos seguintes trechos:

> **Sentença:**
> *[...]*

Na análise das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, apura-se que o acusado não ostenta maus antecedentes, assim como as circunstâncias do delito não revelam anormalidade a justificar fixação de pena maior nesta fase, razão pela qual fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias multa.

Em segunda fase de estabelecimento de sanção nada se verifica a alterar a pena-base.

Em terceira fase, entretanto, deve ser levada em consideração a causa especial de diminuição de pena prevista pelo §4º do art. 33 da Lei de Tóxicos, causa esta que, uma vez verificado seus requisitos, deve ser aplicada, ainda que de ofício. Como consequência, considerando a quantidade da droga com ele apreendida aplico o redutor no seu patamar mínimo de 1/6, o que implica na reprimenda de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, além de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa.

Ausentes outras causas modificadoras, torno definitiva a reprimenda aplicada ao réu.

Não há maiores dados a respeito da situação econômica do acusado e, em razão disto, fixo o dia-multa em seu valor mínimo unitário.

O regime inicial de pena, no caso, deve ser o FECHADO.

O acusado está sendo aqui condenado pela prática do crime de tráfico de drogas, delito equiparado ao hediondo e isto porque segundo a correta exegese - os delitos de natureza diferenciada, devem receber tratamento diferenciado.

Ninguém discute que o tráfico de drogas de qualquer dimensão constitui crime de exagerada periculosidade social, além da trágica e destruidora repercussão social-familiar que traz, inevitavelmente. Além disso, é sabido que a violência e a grave ameaça à incolumidade pública são presumidas, de maneira que outro não poderia ser mesmo o tratamento dado pelo legislador (por meio da lei de crimes hediondos), até mesmo por uma interpretação e tratamento lógicos do sistema. (fls. 28/29)

Acórdão:

[...]

As bases foram fixadas no linde inferior, em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa, diária mínima.

E era mesmo de ser desprezada a atenuante da menoridade (fl. 19), a teor da Súmula 231 do STJ.

Por fim, aplicou-se o privilégio previsto no § 4º do art. 33 do Estatuto Repressivo, no patamar de 1/6, considerada a quantidade de droga apreendida (fl. 179), chegando-se às definitivas de 04 anos e 02 meses de reclusão e 416 dias-multa, diária mínima.

Ao ver desta relatoria, com a devida vênia, nem era caso de conceder o benefício, diante da razoável quantidade de entorpecente (88 pinos de cocaína) e forma de acondicionamento (em porções

> ***individuais), além da alta nocividade dele. Sopese-se, ainda, a declaração judicial do increpado, de que se envolveu com a traficância na adolescência, circunstância a indicar que se trata de profissional da mercancia nefasta, ainda que primário e de bons antecedentes.***
>
> ***Esse privilégio se aplica ao neófito, aquele que trafica, pela primeira vez, pequena quantidade de droga, o que não desponta dos autos, diante do que já se expôs.***
>
> ***Resignou-se a acusação, todavia.***
>
> *Fixou-se o regime fechado, não se cogitando de regime mais brando, em face de tudo quanto retro exposto (quantidade, natureza e profissionalismo), gizado que infração tal vem provocando incessante desassossego à sociedade, tanto que assemelhada às hediondas.*
>
> *Também de ser considerada a personalidade distorcida e ousada do acusado, que agia em local público, sem qualquer preocupação com a vigilância policial ou delação de terceiros.*
>
> *Não se desconhece, por certo, o quanto decidido pelo Pretório Excelso ao ensejo do julgamento do HC 118.533/MS.*
>
> *Entanto, de sopesar-se que dita decisão, a par de não unânime, foi proferida em caso específico e não possui caráter vinculante, até porque as previsões normativas da equiparação do tráfico às condutas hediondas (arts. 5 º , XLIII, da CF e 2º "caput" da Lei 8.072/90) remanescem inalteradas.* (fls. 40/41)

De início, quanto à aplicação da causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, o acórdão está em consonância com o entendimento desta Corte no sentido de que, na escolha do *quantum* de redução da pena, o Magistrado deve levar em consideração a quantidade e a natureza da substância apreendida, por expressa previsão legal (art. 42 do Código Penal – CP). Ressalto, ainda, que em razão da natureza das drogas apreendidas, não resta evidenciado constrangimento ilegal na aplicação da minorante na fração mínima (1/6), conforme se verifica nos seguintes julgados, *in verbis*:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS.* ***CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO FIXADA EM 1/6. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO UTILIZADA.*** *REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
>
> *[...]*
>
> ***- Deve ser mantida a fração redutora de 1/6, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o acórdão, dentro da discricionariedade***

permitida por lei, fundamenta, concretamente, na quantidade e natureza da droga apreendida.

- Tendo em vista o não redimensionamento da pena e mantido o patamar acima de 4 anos, o paciente não faz jus ao regime aberto, conforme disposições do art. 33, § 2º, do Código Penal.

- Não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que o quantum da pena aplicada supera o limite previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

- Habeas corpus não conhecido (HC 336.468/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 19/04/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ***ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. MAIOR REPROVABILIDADE DO FATO. PERCENTUAL DE REDUÇÃO DE PENA. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR.*** *IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO NA PRESENTE VIA. VERBETE SUMULAR N.º 7/STJ. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. FUNDAMENTO IDÔNEO PARA DETERMINAR A FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE SUPERIOR. VEDAÇÃO DO ENUNCIADO N.º 83 DA SÚMULA DO STJ. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.*

1. No tocante à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, o legislador se ateve a fixar os pressupostos para a sua incidência deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para escolha entre a menor e a maior frações indicadas no referido dispositivo legal, cabendo ao julgador, atento às singularidades do caso concreto, dosar o decréscimo.

2. A redução no patamar de 1/6 (um sexto) foi fixado com base em elementos extraídos dos autos que indicaram a maior reprovabilidade da conduta, evidenciada na quantidade e natureza do entorpecente encontrado em poder dos insurgentes. Inviabilidade de revisão do quantum eleito na presente via na ausência de ilegalidade manifesta. Enunciado Sumular n.º 7/STJ.

3. Ademais, este Superior Tribunal de Justiça entende que a quantidade ou qualidade da droga apreendida pode ser utilizada como fundamento para a determinação da fração de redução da pena com base no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, *circunstância que evidencia a impossibilidade de admissão do apelo nobre em razão da incidência da vedação do Verbete Sumular n.º 83/STJ, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea a do permissivo constitucional.*

4. Agravo a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 718.015/MG, Rel. Ministro JORGE

MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 28/03/2016).

A quantidade e a natureza da droga demonstram, também, a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena.

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.* ***MAIOR GRAVIDADE DO DELITO EM RAZÃO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS.*** *112 PORÇÕES DE COCAÍNA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
>
> *[...]*
>
> *- Não obstante fixação da pena-base no mínimo legal e a aplicação da reprimenda definitiva em patamar inferior a 4 anos de reclusão, a conclusão de que a substituição da pena por restritiva de direitos não se mostrava socialmente recomendável foi concretamente justificada em função do grau de reprovação da conduta do acusado, evidenciada pelo alto potencial ofensivo e a elevada quantidade de droga apreendida - 112 (cento e doze) porções de cocaína.*
>
> *- Pela mesma razão, mostra-se possível a imposição do regime inicial fechado, ainda que a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, uma vez que* ***o magistrado possui a discricionariedade de agravar somente o aspecto qualitativo da pena, observado o art. 42 da Lei n. 11.343/06, que prepondera sobre o art. 59 do Código Penal.***
>
> *Habeas corpus não conhecido.* (HC 300.274/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2015, DJe 06/11/2015)

> *[...] TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INADEQUAÇÃO DA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CONDENAÇÃO SEM TRÂNSITO EM JULGADO. SOPESAMENTO PARA A ELEVAÇÃO DA REPRIMENDA NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444 DESTE STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. CONCESSÃO DE OFÍCIO.*
>
> *[...]*
>
> ***REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME.*** *MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO.* ***ELEVADA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA****. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO*

CARACTERIZADO.

1. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.

2. ***Na espécie, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas justificam a imposição do regime prisional mais severo. Precedentes.***

3. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena-base ao mínimo legal, sem reflexo, contudo, na reprimenda final. (HC 340.991/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 08/06/2016)

Por fim, no tocante à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, observa-se que a paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44 do CP, haja vista que a pena privativa de liberdade restou fixada em patamar superior a 4 anos.

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília (DF), 03 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator