

HABEAS CORPUS Nº 458.514 - SP (2018/0169456-1)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ROSELEINE APARECIDA DA SILVA - SP265930
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEAN PAULO MARTINS

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de JEAN PAULO MARTINS apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 0000123-74.2014.8.26.0594).

Consta dos autos que, em primeiro grau, o ora paciente foi condenado às penas de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime aberto, e de 250 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, pois trazia consigo **721,2g (setecentos e vinte e um gramas e dois decigramas) de maconha**.

A defesa e o Ministério Público interpuseram recursos de apelação, o primeiro, desprovido, e o segundo, provido em parte, "*para elevar as penas para 04 anos e 02 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 416 dias-multa, no piso*" (fl. 17).

Eis a ementa do acórdão (e-STJ fl. 15):

Apelação criminal. Tráfico de drogas. Apelo ministerial buscando a elevação da pena base e aplicação da causa de diminuição em patamar mínimo. Apelo da defesa almejando aplicação da causa de diminuição em patamar máximo. Conjunto probatório robusto a sustentar a condenação. Redutor aplicado em grau mínimo ante a quantidade de droga apreendida. Penas elevadas. Regime alterado. Recurso ministerial parcialmente provimento. Apelo da defesa improvido.

Na presente impetração, a impetrante alega, em suma, que o paciente sofre constrangimento ilegal, tendo em vista que o Tribunal *a quo* modificou a fração de redução de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, para 1/6, com fundamento na quantidade de drogas apreendidas, todavia, no seu entender, não seria o *quantum* apreendido exorbitante (721,2 gramas de maconha).

Ressalta que a pena-base foi fixada no mínimo legal e que o paciente é primário, além de não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização

criminosa.

Pede, assim, o deferimento de medida liminar "*para aguardar o julgamento final deste ou o trânsito em julgado da decisão condenatória em liberdade*" (e-STJ fl. 10). No mérito, requer a redução da pena na fração máxima de 2/3, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com a consequente fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 21/23).

Os autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal, que se manifestou pelo não cabimento do *habeas corpus*.

É, em síntese, o relatório.

Objetiva a defesa, primeiramente, a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima.

Na espécie, o Tribunal de Justiça, reformando a sentença, assim se manifestou sobre o tema (e-STJ fls. 16/17):

Na terceira fase, foi aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, tendo em vista a primariedade, bons antecedentes, sem notícia de que se dedique com habitualidade a esse tipo de atividade, nem integre organização criminosa e, considerando a quantidade de droga apreendida foi reduzida em 1/2.

A defesa pretende a redução em grau máximo e o Ministério Público em grau mínimo.

Razão assiste a douta Justiça Pública, tendo em vista que, embora não haja notícia de que o réu se dedique com habitualidade ao tráfico de drogas, foram apreendidas mais de 700g de maconha e demais objetos que indicavam que no local seria realizado o fracionamento e embalagem para posterior entrega ao consumo de terceiros, devendo portanto, ser aplicada a redução em patamar mínimo de 1/6, totalizando as penas em 04 anos e 02 meses de reclusão, e 416 dias-multa.

Sob esse prisma, não vislumbro constrangimento ilegal, uma vez que o Tribunal local não reconheceu a incidência da minorante em sua fração de 2/3 (dois terços) com base, sobretudo, **na quantidade da droga apreendida – 721,2g (setecentos e vinte e um gramas e dois decigramas) de maconha** –, respeitando os critérios legais estabelecidos pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em observância aos pormenores da situação concreta, excluindo a possibilidade de aplicação do pretendido redutor em grau máximo.

A propósito, confirmam-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO EM PATAMAR AQUÉM DO MÁXIMO. FIXAÇÃO EM RAZÃO DA QUANTIDADE OU NATUREZA DA DROGA. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

[...].

2. Em regra, não se presta o recurso especial à revisão da dosimetria da pena estabelecida pelas instâncias ordinárias. Admite-se o reexame quando configurada manifesta violação dos critérios dos arts. 59 e 68, do CP, sob o aspecto da legalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.

3. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a natureza, a variedade e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a fixação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em patamar inferior ao máximo legal, nos termos do art. 42 da mesma Lei. Precedentes.

4. Agravo regimental provido para conhecer do agravo em recurso especial e negar-lhe provimento (AgRg no AREsp 859.393/MG, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 02/02/2017, grifei.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. QUANTUM DO REDUTOR. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. DISCRICIONARIEDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência firmou o entendimento de que, como o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, especialmente, o disposto no art. 42 da Lei de Drogas.

2. Havendo sido concretamente fundamentada a aplicação da minorante no patamar de 1/6, com base na natureza e na quantidade de drogas apreendidas, deve ser mantida inalterada a fração de diminuição, máxime porque tais elementos não foram sopesados para fins de exasperação da pena-base.

3. O juiz, ao reconhecer a presença dos quatro requisitos necessários ao reconhecimento da benesse em questão, não está obrigado a aplicar o patamar máximo de redução de pena, porquanto possui plena discricionariedade para aplicar a redução no quantum que entenda suficiente e necessário para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

4. *Agravo regimental não provido* (AgRg no AREsp 1041996/MG, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/05/2017, DJe 11/05/2017, grifei.)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REGIME FECHADO. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DAS DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

1. A simples presença dos requisitos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não gera direito à aplicação da fração máxima da minorante, que pode ser modulada dentro dos parâmetros mínimo e máximo previstos, desde que haja fundamentação idônea. Nessa modulação, é possível a utilização da quantidade e natureza das drogas apreendidas, desde que não tenham sido avaliadas em outra etapa da dosimetria, para que não haja bis in idem.

2. A quantidade e nocividade das drogas apreendidas (10 porções de oxi, 4 porções de cocaína e 1 porção de maconha) constituem fundamento idôneo para a estipulação da fração mínima de 1/6, conforme efetivado pelo Tribunal de origem, bem como para impor o regime mais gravoso.

3. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1628219/AM, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 31/08/2017, grifei.)

No que diz respeito à fixação do regime prisional, rememoro que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, por ofender a garantia constitucional de individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal). Afastou, dessa forma, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados.

Tal o quadro, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o sentenciante deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

Entendo, portanto, que o regime inicial semiaberto deve ser mantido, diante da quantidade de pena aplicada – 4 anos e 2 meses de reclusão.

Ademais, mantida a reprimenda para o tráfico de drogas em 4 anos e 2

meses de reclusão, fica prejudicado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44, I, do Código Penal).

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

2. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

3. Fixado o regime inicial fechado pelo Tribunal de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a quantidade da droga encontrada na posse do paciente - 80,5 g de maconha - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 356.479/RJ, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 21/06/2016, grifei.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE (242 PORÇÕES DE CRACK, 291 DE COCAÍNA E 39 DE MACONHA). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) NÃO APLICADA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO INDICATIVAS DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO STF. REGIME FECHADO. IMPOSIÇÃO LEGAL. PENA SUPERIOR A 8 ANOS

DE RECLUSÃO. ART. 33, § 2º, ALÍNEA "A", DO CP. GRAVIDADE ACENTUADA DO DELITO. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS (ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL - CP). CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. A pena-base foi aumentada com fundamento na quantidade, variedade e natureza da droga, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06, e a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 desta Lei deixou de ser aplicada em razão das circunstâncias do delito, as quais revelaram o profundo envolvimento do paciente com o tráfico ilícito de entorpecentes, inviabilizando a concessão do benefício.

3. Ainda que assim não fosse, a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase) - por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa - não configura bis in idem.

4. Trata-se de hipótese diversa daquela versada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar bis in idem a utilização da quantidade de droga "tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

5. Mantida a reprimenda em patamar superior a 8 (oito) anos de reclusão, não assiste amparo normativo quanto ao pedido de alteração, que deve ser o fechado, na forma do art. 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal. Além do mais, a quantidade, variedade e natureza da droga apreendida - 242 porções de crack (85g), 291 de cocaína (120,2g) e 39 de maconha (194g) - (art. 42 da Lei n. 11.343/06) demonstram a gravidade acentuada do delito, corroborando a necessidade de imposição do regime inicial mais gravoso.

6. É incabível a substituição de pena privativa de liberdade superior a 4 anos por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, I, do CP.

Habeas corpus não conhecido. (HC 369.121/SP, relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 28/10/2016, grifei.)

Ante o exposto, **denego a ordem de *habeas corpus*.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 04 de abril de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator

