

HABEAS CORPUS Nº 491.695 - SP (2019/0030544-9)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FABRÍCIO DE VECCHI BARBIERI - SP319744
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOAO VICTOR SILVA ARAUJO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de JOÃO VICTOR SILVA ARAÚJO, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0000829-85.2017.8.26.0583.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (fls. 22-26).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo, consoante voto condutor do v. acórdão de fls. 63-71.

Dai o presente **writ**, onde a impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na negativa de aplicação da fração máxima (2/3) pelo reconhecimento da figura do tráfico privilegiado, bem como na fixação do regime mais gravoso não substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Para tanto, sustenta, que *"[...] o(a)(s) paciente(s), é(são) primário(s), não ostenta(m) maus antecedentes, bem como não ficou comprovado nos autos que se dedica(m) à prática de atividades criminosas, nem tampouco integra(m) organização criminosa"* (fl. 3).

Afirma, ainda, que *"A alegação acerca da quantidade da droga*

não é motivo idôneo para deixar de aplicar a aludida minorante no seu patamar máximo. O critério para o quantum da diminuição nos casos de aplicação do citado §4º recai no disposto no art. 59 do Código Penal, bem como no insculpido no art. 42 da Lei nº 11.343/06" (fl. 3).

Assevera, ademais, que "As circunstâncias judiciais são amplamente favoráveis ao(à)(s) paciente(s), tanto é teve(tiveram) a pena-base fixada no mínimo legal. Ora, se ao analisar o art. 42 da Lei de Drogas na primeira fase, o dispositivo não foi interpretado de forma desfavorável ao(à)(s) paciente(s), não se pode, agora, quando de seu exame na terceira etapa, valorá-lo negativamente de modo a impedir a aplicação da causa de diminuição em patamar proporcional ao caso concreto, sob pena de demonstrar-se total contradição e falha na aplicação da norma federal em apreço" (fls. 3-4).

Além disso, aduz, que "A quantidade e tipo de droga encontrados com o(a)(s) paciente(s), 675,81 gramas de "Cannabis Sativa L e 89,91 gramas de crack não justificam a aplicação da causa de diminuição de pena em tão reduzida fração" (fl. 4).

Argumento, também, que "o Plenário do C. Supremo Tribunal Federal, durante o julgamento do Habeas Corpus nº 111.840/ES, em sessão realizada no dia 27 de junho de 2012, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, com redação dada pela Lei n. 11.464/07, o qual prevê que a pena por crime hediondo (inclusive tráfico de drogas) será cumprida, inicialmente, em regime fechado" (fl. 7).

Menciona, por isso, que a fixação do regime mais gravoso ocorreu com base na gravidade abstrata do crime e em total desacordo com o enunciado das Súmulas nº 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e 440 desta Corte Superior.

Por fim, lembra, que "[...] o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 97.256/RS em 1º/09/2010, declarou a

inconstitucionalidade incidental da parte final do art. 44 da Lei nº 11.343/06, bem como da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, prevista no §4º do art. 33 do mesmo diploma legal” (fl. 10),.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja aplicada a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, **em seu grau máximo**, bem como fixado o regime inicial aberto e substituída a pena corporal por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 75-76.

Informações prestadas às fls. 82-83.

O Ministério Público Federal, às fls. 106-113, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, em parecer assim ementado:

Habeas Corpus substitutivo de recurso próprio. Não cabimento, nos termos da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Ausência de flagrante ilegalidade que justifique a concessão da ordem de ofício. Tráfico de entorpecentes. diversidade, natureza e quantidade das drogas apreendidas (675,81 gramas de maconha e 89,91 gramas de crack). Inaplicabilidade da causa de diminuição de pena no patamar máximo. regime inicial fechado. art. 33, § 3º, do CP, c/c o art. 42, da Lei nº 11.343/06. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Ausência do requisito subjetivo previsto no art. 44, III, do Código penal. Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus” (fl. 106)

É o relatório.

Decido.

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.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Inicialmente, cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a *“dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade”* (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

Para melhor análise das questões aduzidas, colaciono o que dispôs o v. acórdão combatido sobre a aplicação da fração redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o regime e a substituição da pena, **in verbis**:

A pena-base foi fixada no mínimo legal (cinco anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa) E, embora o réu fosse menor de 21 anos de idade na data do fato e tenha admitido a prática do delito, tais circunstâncias não autorizam a redução abaixo do mínimo legal. Nesse sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal (Repercussão Geral na Questão de Ordem no Recurso Extraordinário nº 597.270-4 do Rio Grande do Sul, julgado em 26.3.2009) e, também, do Superior Tribunal de Justiça (Súmula 231).

Na segunda fase do cálculo, não incidiram agravantes ou atenuantes.

Na etapa derradeira, o magistrado aplicou o redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, na fração de metade, perfazendo a pena definitiva de dois anos e seis meses de reclusão, mais pagamento de duzentos e cinquenta dias-multa, no menor patamar.

Ressalta-se que sequer seria o caso de aplicar referida causa de diminuição de pena, pois tamanha quantidade de droga, 675,81 gramas de maconha, 18 pedras de crack, com peso líquido de 89,91 gramas (fls. 101 e 104), balança de precisão, além de sacos plásticos para a embalagem da

droga (fls. 16/18), indicam que o réu estava envolvido em alguma organização criminosa voltada para o tráfico corriqueiro e habitual de entorpecentes. Contudo, esse não foi o entendimento do Magistrado e, como não houve recurso do Ministério Público, nada pode ser feito agora.

O regime prisional inicial fechado foi corretamente fixado, em face da natureza do crime, que revela a periculosidade concreta do agente, que com sua conduta gera instabilidade em inúmeros lares, exigindo, em consequência, resposta penal mais enérgica com a qual não é compatível solução mais branda. Nesse tópico, é sempre pertinente lembrar que os mercadores de entorpecentes criam um poder paralelo que desafia e se opõe às autoridades constituídas, destrói pessoas e famílias, subjuga comunidades inteiras, e aniquila o futuro de crianças e jovens, decorrendo de suas condutas gravíssimas consequências para a sociedade.

E, no caso dos autos, mais acentuada é a reprovabilidade da conduta da agente, em face da grande quantidade e variedade de entorpecente (quase um quilo), exigindo, por isso, o regime prisional mais severo.

Ainda, não se desconhece o teor das Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e 440 do Superior Tribunal de Justiça, mas o caso concreto, por si só, revela a total inadequação de regime mais brando.

Por fim, conquanto o Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido incidentalmente a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena carcerária por restritiva de direitos, o benefício não é direito automático do réu. Deve-se, ao contrário, analisar as peculiaridades de cada caso. E, na hipótese dos autos, a quantidade e variedade de entorpecentes revelam que a substituição da pena não se mostra suficiente para prevenção e reprovação do delito" (fls. 68-70, grifei).

Observa-se, pela leitura dos excertos supra, que o Tribunal de origem manteve a redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no patamar mínimo de 1/2 (metade) tendo em vista a grande quantidade e natureza de parte das drogas apreendidas, para atuar como parâmetro que definiu o grau de redução.

Como cediço, existe a possibilidade de a quantidade e natureza da droga embasar o percentual de redução nos casos de reconhecimento da figura do tráfico privilegiado, destaco:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXPRESSIVA

QUANTIDADE DE DROGAS. AFASTAMENTO DA REDUÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. RECURSO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. DESNECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA NA PRIMEIRA OU NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA PENAL. AGRAVO DESPROVIDO.

II - "[...] A questão discutida neste recurso especial não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento que é obstado pela Súmula n. 7 deste Superior Tribunal, tal como ocorre, por exemplo, com a valoração das circunstâncias judiciais (uma a uma). O caso, diversamente, demanda apenas o reexame da aplicação da pena, providência admitida em caráter excepcional, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68 do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, sob o aspecto da legalidade, nas hipóteses de falta ou de equívoco evidente de fundamentação das circunstâncias judiciais (como no caso) ou, ainda, de erro de técnica no critério trifásico de aplicação da pena" (AgRg no REsp n. 1.475.447/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 22/6/2015).

III - A circunstância judicial referente à quantidade e variedade da droga poderá incidir na primeira ou terceira fase da dosimetria da pena, para exasperar a pena-base, afastar a aplicação da minorante ou ainda para modular o nível de redução da pena, sempre de maneira não cumulativa. Precedentes do eg. STF e do STJ.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1445752/MS, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe 06/11/2015).

Assim, não verifico constrangimento ilegal a ser sanado no ponto em que foi aplicada a diminuição da pena em 1/2 (metade), em prestígio à discricionariedade do julgador, que fundamentou concretamente a escolha desse percentual, ao sopesar a quantidade e natureza das drogas apreendidas.

Ademais, cabe ressaltar que cabe às instâncias ordinárias, ao promover a dosimetria, **considerar a quantidade e a natureza da droga no momento que melhor lhe aprouver**, podendo valorá-las, na primeira fase, para exasperar a pena-base ou, na terceira fase, para graduar o redutor do tráfico privilegiado, mas nunca em ambas as fases, sob pena de **bis in idem**. No

ponto, importa destacar que as instâncias ordinárias fixaram a pena-base no patamar mínimo previsto em lei.

Quanto ao cumprimento da pena, constata-se que o regime inicial **fechado** foi determinado com base na grande quantidade de drogas apreendidas, ou seja, **quase um quilograma de entorpecentes (675,81g de maconha e 89,91g de crack, além de balança de precisão e sacos plásticos para embalagem das drogas)**, o que está em consonância com o entendimento desta Corte, **ex vi** do art. 33, § 2º e § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/06.

Sobre o tema colaciono os seguintes arestos:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME PRISIONAL FECHADO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. MONTANTE DA PENA QUE NÃO ATENDE AO REQUISITO OBJETIVO DO ART. 44, I, DO CP. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...]"

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos

extraídos dos autos, a teor das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719/STF.

- No caso, apesar de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e o montante da sanção (5 anos de reclusão) comportar o regime semiaberto, o acórdão recorrido consignou a necessidade do regime mais gravoso com lastro na quantidade, variedade e nocividade das drogas apreendidas, as quais, inclusive, fundamentaram o não reconhecimento do privilégio, o que está em consonância à jurisprudência desta Corte e ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido" (HC n. 385.934/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 5/4/2017 - grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE MAJORADA EM RAZÃO DA NATUREZA DA DROGA. REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO SUPERIOR A 4 ANOS. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto, nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, a natureza e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a majoração da pena-base. Precedentes.

2. Fixada pena final superior a quatro anos e presente circunstância judicial desfavorável, é lícita a fixação do regime inicial fechado, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006 c/c os arts. 59 e 33, § 3º, ambos do Código Penal. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC n. 380.021/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 22/3/2017 - grifei).

Em relação à possibilidade de substituição da pena, o Supremo Tribunal Federal, em 1º/9/2010, no julgamento do HC n. 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei de Drogas, na parte relativa à proibição da conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por tráfico de entorpecentes.

Todavia, entendo que as circunstâncias do caso concreto não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. De fato, embora o **quantum** de pena fixado seja inferior a 4 (quatro) anos, preenchendo, portanto, o requisito objetivo, observo que as circunstâncias do caso, grande quantidade, diversidade e natureza de parte dos entorpecentes apreendidos – **maconha e crack** – não recomendam a substituição. Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO FIXADA EM 1/2. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO UTILIZADA. REGIME PRISIONAL. PACIENTE PRIMÁRIO CONDENADO A PENA INFERIOR A 4 ANOS E REDUTORA NÃO APLICADA NO MÁXIMO. REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Deve ser mantida a fração redutora de 1/2, 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 da droga apreendida.

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. 4. Considerando que a pena foi fixada em 2 anos e 6 meses de reclusão, mas tendo em vista que o redutor foi aplicado em metade, por conta da quantidade e diversidade da

droga apreendida, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b" e § 3º, do Código Penal.

5. Quanto à possibilidade de substituição da pena, da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal, em 1º/9/2010, no julgamento do HC n. 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei de Drogas, na parte relativa à proibição da conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por tráfico de entorpecentes.

6. Não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto as circunstâncias do caso concreto não recomendam a substituição da pena, pois a quantidade e diversidade das drogas foram sopesadas negativamente na terceira fase da dosimetria.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto" (HC 405.550/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 21/09/2017, grifei).

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

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

P. e I

Brasília (DF), 03 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator