

HABEAS CORPUS Nº 502.285 - ES (2019/0094403-2)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : FREDERICO POZZATTI DE SOUZA
ADVOGADO : FREDERICO POZZATTI DE SOUZA - ES019811
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : GUSTAVO DIAS TOSCANO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de GUSTAVO DIAS TOSCANO, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo**, nos autos da apelação criminal n. 0040771-61.2014.8.08.0024.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, mais pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, como incurso nas sanções do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, e absolvido do crime descrito no art. 16, da Lei n. 10.826/03 (fls. 292-304).

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, deu provimento ao apelo ministerial para condenar o paciente pelo delito constante do art. 16, da Lei n. 10.826/03, às penas de 3 (três) anos de reclusão, mais pagamento de 10 (dez) dias-multa, e redimensionar a fração pela redutora do tráfico privilegiado para 1/4 (um quarto) fixando a pena deste delito em 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, mais pagamento de 125 (cento e vinte e cinco) dias-multa. Por força do concurso material entre os delitos de tráfico e porte de arma de fogo de uso restrito a pena final do paciente ficou estabelecida em 6 (seis) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime semiaberto, mais pagamento de 135 (cento e trinta e cinco) dias-multa, em v. acórdão assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DO

MINISTÉRIO PÚBLICO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. "PRIVILEGIADO". PATAMAR MÍNIMO DE DIMINUIÇÃO. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO MÉDIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Assiste razão ao Ministério Público, ao pleitear a condenação pela prática do crime previsto no art. 16, da Lei nº 10.826/03. No presente caso, havia 04 munições de uso restrito (9 mm) no carro do apelado, enquanto ele praticava o tráfico de drogas, sendo que tais munições teriam sido obtidas com um amigo combatente do exército, e que o coldre de arma com um agente penitenciário da SEJUS. Diante dessas circunstâncias, não há como reputar insignificante a conduta do apelado, independentemente das alegações de que eram meramente decorativas, e que estariam no veículo porque caíram enquanto fazia mudança de residência. Jurisprudência do STF.

2. Assiste parcial razão ao Ministério Público, ao sustentar a aplicação do patamar mínimo de diminuição relativo ao "tráfico privilegiado" (art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06). O apelado foi apreendido com 90 micropontos de droga alucinógena similar a LSD, quantidade que, a princípio, não se revela exorbitante, haja vista que apreensões significativas desse alucinógeno normalmente ocorrem em milhares de micropontos. Contudo, deve-se destacar que, segundo informações do Ministério da Justiça, tal entorpecente "é, talvez, a mais potente droga alucinógena existente", havendo, também, notícias de que trata-se de droga com alta rentabilidade, custando cada microponto, em média R\$ 40,00 (quarenta reais). Fração de diminuição fixada em 1/4.

3. Recurso a que se dá parcial provimento" (fls. 362).

Dai o presente **writ**, onde o impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na modificação da fração redutora do tráfico privilegiado pelo v. acórdão impugnado, haja vista que somente foi analisado o **quantum** a ser aplicado com base no binômio natureza e quantidade da droga apreendida.

Para tanto, sustenta, que "*Não obstante essa constatação, hei de se ressaltar que a fração utilizada no v. acórdão para diminuição de pena infringiu as disposições contidas no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 quando analisadas sob o espectro da razoabilidade e da proporcionalidade*" (fl. 9).

Assevera, ainda, que "[...] não há informação sobre a razão pela “escolha” da fração de 1/4 no caso concreto ou porque não foi aplicada a diminuição da metade (1/2) ou a diminuição de um terço (1/3)" (fl. 10).

Por fim, afirma, que "[...] a figura do tráfico privilegiado já foi reconhecida em favor do paciente, pugnando, neste momento, que seja aplicado um quantum de redução condizente com os aludidos princípios" (fl. 13).

Requer, **liminarmente**, a concessão da ordem para que seja para que seja aplicada, diante dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, um **quantum** não inferior a fração de 1/2 (metade) de redução de pena em razão da causa especial de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. No mérito, que seja confirmada a liminar pleiteada.

É o breve relatório.

Decido.

Inicialmente, insta consignar que a Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso pertinente (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração.

Entretanto, no caso de flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, a jurisprudência recomenda a concessão da ordem de ofício.

Cotejando os autos, nos limites da cognição **in limine**, não permite a constatação de indícios suficientes para a configuração do **fumus boni iuris**, não restando configurada, **de plano**, a flagrante ilegalidade, a ensejar o deferimento da medida de urgência, devendo a **quaestio**, portanto, ser apreciada pelo Colegiado, após uma verificação mais detalhada dos dados constantes dos autos.

Denego, pois, a liminar.

Solicitem-se, **com urgência e via telegrama**, informações atualizadas e pormenorizadas à autoridade tida por coatora.

Após, vista dos autos ao Ministério Público Federal.

P. e I

Brasília (DF), 03 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator