**HABEAS CORPUS Nº 483.622 - SP (2018/0331509-4)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATOR** | **:** | **MINISTRO FELIX FISCHER** |
| IMPETRANTE | : | WILTON ALVES DA SILVA JUNIOR |
| ADVOGADO | : | DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| IMPETRADO | : | TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE | : | WILTON ALVES DA SILVA JUNIOR (PRESO) |

**DECISÃO**

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, **com pedido liminar**, impetrado de **próprio punho** por WILTON ALVES DA SILVA JUNIOR, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0001666-32-2017.8.26.0619.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/06.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que negou provimento ao apelo defensivo.

Dai o presente **writ**, onde o impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na negativa de reconhecimento **circunstância atenuante da menoridade relativa** e aplicação da c**ausa especial de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06**, bem como na **fixação do regime mais gravoso.**

A Defensoria Pública manifestou-se às fls. 58-59, nos seguintes termos: *"Assim, no sentido de preservar os interesses do paciente, solicitamos a concessão da ordem de ofício conforme requerida na inicial, caso assim entenda V. Exa ou, subsidiariamente, que a presente petição seja encaminhada ao E. TJ/SP para, se possível, formação de expediente de revisão criminal em favor do mesmo, caso já ocorrido o trânsito em julgado, com oportuna abertura de vista à Defensoria Pública local para oferecimento de razões".*

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja aplicada a causa de redução do tráfico de drogas e fixado e regime aberto.

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 14-16.

Informações prestadas às fls. 26-28.

O Ministério Público Federal, às fls. 49-52, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, ou pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

> *"PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE 5 ANOS DE RECLUSÃO. INAPLICABILIDADE DO REDUTOR DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. PATENTE DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS E ANTERIOR ENVOLVIMENTO COM O NARCOTRÁFICO. PLEITO PARA O RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA MENORIDADE. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DOCUMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO, OU, SUCESSIVAMENTE, PELA DENEGAÇÃO DO WRIT"* (fl 49).

É o relatório.

**Decido**.

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 próprio (**v.g.**: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Relª. Minª. **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 n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Relª. Minª. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso especial, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência 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 delimitar a controvérsia, destaco o seguinte excertos do v. acórdão impugnado, no que interessa à espécie:

*"Não há dúvida de que o réu tinha em depósito e guardava os entorpecentes apreendidos para o fim de vendê-los ou para servir ao consumo de terceiros.* ***A grande quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos, são mesmo seguros indicativos de que ele estava realizando o comércio ilícito. Além do mais, Wilton confessou a traficância.***

*[...]*

*Na derradeira, realmente o apelante não faz jus à aplicação do benefício previsto no §4º, do artigo 33 da Lei de Drogas, posto que, como dito,*

*a **enorme quantidade e variedade de drogas apreendidas são mesmo seguros indicativos de que ele se dedicava às atividades criminosas, ou seja, vivia do tráfico"*** (fls. 41-42, grifei).

**Na hipótese**, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada não somente em função da **quantidade de droga apreendida**, mas também em razão das circunstâncias em que se deu a prisão do paciente, **onde foi constatado que não se tratava de nenhum iniciante na senda do tráfico**, situação que corrobora a conclusão de que se **dedicava à atividades ilícitas**, o que justifica o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

**Ademais,** rever o entendimento do eg. Tribunal de origem para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**.

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

> *"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. **TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DA DROGA E CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA ALIADA A OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO.** PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO DELITO. AUMENTO DESPROPORCIONAL. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A OITO ANOS DE RECLUSÃO. CONCURSO MATERIAL. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]*
>
> *2. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do*

*Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.*

*3. Hipótese em que as instâncias ordinárias, atentas as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59 do CP, consideraram, além da expressiva quantidade de droga apreendida (80,6 kg de maconha), as circunstâncias graves do delito (o transporte de droga "nos mesmos veículos em que levavam seus filhos, todos crianças, sendo uma delas autista", expondo-as da pior forma possível, a presenciarem as prisões dos acusados e a apreensão da droga, além de terem ficado na delegacia aguardando o socorro de algum familiar) para elevar a pena-base, pelo crime de tráfico de entorpecentes, em metade (7 anos e 6 meses de reclusão), o que não se mostra desproporcional.*

*[...]*

***6. Concluído pelas instâncias ordinárias, com fulcro na expressiva quantidade de entorpecente encontrado, assim como nas demais circunstâncias do delito, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a alteração desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus.*** *(Precedentes).*

*[...]*

*9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, tão-somente, reduzir a pena-base pelo delito de porte ilegal de arma de fogo, tornando-a definitiva em 2 anos e 4 meses de reclusão mais 11 dias-multa"* (HC 372.973/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe 23/2/2017, grifei).

*"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.* ***TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DAS DROGAS APREENDIDAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO PRIVILEGIADO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ELEVADA QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. CIRCUNSTÂNCIA QUE DENOTA A DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES ILÍCITAS. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRIMADO DO NE BIS IN IDEM. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS QUE, APESAR DE TEREM JUSTIFICADO A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE, NÃO DEFINIRAM A FRAÇÃO REDUTORA DO PRIVILÉGIO, MAS APENAS IMPEDIRAM***

***O SEU RECONHECIMENTO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.*** *HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

*[...]*

*- Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente.*

*- No caso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade elevada e variada dos entorpecentes apreendidos, estando, portanto, em consonância ao dispositivo legal mencionado.*

*- Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa. Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.*

*- Não há bis in idem quando o Tribunal a quo fixa a pena-base acima do mínimo por conta da quantidade elevada da droga apreendida e afasta a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação da paciente à atividade criminosa. Precedentes.*

***- Hipótese em que inexiste coação ilegal no não reconhecimento do tráfico privilegiado pelas instâncias de origem, com base no fato de os pacientes dedicarem-se às atividades criminosas, ante a quantidade elevada e variada das drogas apreendidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito, notadamente agravadas diante da apreensão de dinheiro, munição e rádio comunicador, elementos aptos a justificar o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.*** *Alterar tal entendimento importa em revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes.*

*- Habeas corpus não conhecido"* (HC 379.203/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 10/2/2017, grifei).

Quanto ao reconhecimento da **circunstância atenuante da menoridade relativa**, além de não existir documento hábil nos autos para que se possa aferir o pedido, verifica-se no v. acórdão combatido (e-STJ fls. 39-46) que **a matéria ora suscitada não foi levantada nas razões da defesa** e, por conseguinte, **não foi enfrentada pela eg. Corte de origem**. Desse modo, inviável o exame do pleito, na hipótese, pois tal proceder configuraria **indevida supressão de instância**, situação rechaçada por esse Tribunal Superior. Nesse sentido os seguintes julgados:

> *"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. EFEITO DEVOLUTIVO RESTRITO DA APELAÇÃO. SÚMULA 713/STF. PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO LIMITADO PELO PRINCÍPIO DA SOBERANIA DOS VEREDITOS. CONTINUIDADE DELITIVA, REVISÃO DA DOSIMETRIA E EXCLUSÃO DE AGRAVANTE. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS NA APELAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
>
> *1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.*
>
> *2. Tratando-se de apelação interposta contra decisões do Tribunal do Júri, dotada de efeito devolutivo restritivo, o conhecimento do recurso limita-se às questões efetivamente arguidas nas razões recursais, não sendo devolvido ao Tribunal de 2º Grau o conhecimento amplo da matéria. Inteligência da Súmula 713/STF. Precedentes.*
>
> *3. **Não tendo sido objeto da apelação as teses de continuidade delitiva, de necessária revisão da dosimetria e exclusão da agravante da reincidência, não há como ser conhecida a presente impetração, sob pena de indevida supressão de instância**.*
>
> *4. Habeas corpus não conhecido"* (HC n. 179.209/RJ, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de

23/11/2015, grifei).

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. RECEPTAÇÃO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. DOSIMETRIA. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E POSTERIOR COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. INVIABILIDADE DE ANÁLISE DIRETAMENTE POR ESTE TRIBUNAL SUPERIOR. MATÉRIAS NÃO DIRIMIDAS PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INOVAÇÃO DE TESES JURÍDICAS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *1.* ***Inviável o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e sua compensação com a agravante da reincidência, porquanto tais questões não foram suscitadas pelo recorrente e tampouco analisadas pelo Tribunal a quo por ocasião do julgamento da apelação, sob pena de se incidir na indevida supressão de instância.***
>
> *2. É inadmissível a apreciação, em sede de agravo regimental, de teses que não foram alegadas na inicial do remédio constitucional, pois à parte é vedado inovar quando da interposição do recurso interno, conforme jurisprudência deste Tribunal Superior. Precedentes.*
>
> *3. Agravo Regimental improvido"* (AgRg no HC n. 306.246/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 14/4/2015, 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 **writ**.

P. e I.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator