HABEAS CORPUS Nº 473.458 - SC (2018/0266382-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
		LUDMILA GRADICI CARVALHO DRUMOND - SC036422
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	:	ANDERSON FERNANDES CAMARGO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio e com pedido de liminar impetrado em favor de **ANDERSON FERNANDES CAMARGO**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

O paciente foi condenado pela prática do delito de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11343/2006), tendo-lhe sido fixada uma pena privativa de liberdade de 2 anos e 6 meses de reclusão em regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos e uma pena de multa.

Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal, pleiteando a absolvição do paciente, com pleito subsidiário de desclassificação do crime de tráfico para o delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, tendo o recurso sido julgado improvido em acórdão assim ementado:

> "APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (LEI N. 11.343/06, ART. 33, *CAPUT*) – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DEFENSIVO ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/06 – TESE DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – NÃO ACOLHIMENTO – PALAVRA DOS POLICIAIS – CIRCUNSTÂNCIAS DO FLAGRANTE – DESTINAÇÃO COMPROVADA – CONDENAÇÃO MANTIDA – DOSIMETRIA INALTERADA.
> "*O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal*" (STF Min. Celso de Mello).
> RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO."

Neste *writ*, aduz o impetrante que a ocorrência de constrangimento ilegal decorrente do acórdão impugnado, tendo em vista não ter reconhecido suposta ilegalidade constante da sentença que, não obstante ter reconhecido em favor do paciente a incidência da causa de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de drogas, fixou a fração da minorante em 1/2, a despeito da ínfima quantidade de droga encontrada com o paciente (1,52g de crack).

Além disso, afirma que a condenação pelo crime de tráfico de drogas não encontra respaldo nas provas contidas nos autos, inexistindo quaisquer indícios de que o paciente portava a substância entorpecente com intenção de comercializá-la.

Aduz ser inviável a antecipação de cumprimento de pena privativa de direito, a qual exige o trânsito em julgado para a sua execução.

Requer a concessão de medida liminar para suspender os efeitos da condenação até o julgamento final deste *writ.*

No mérito, requer a concessão da ordem para absolver o paciente da imputação de tráfico de drogas. Subsidiariamente, requer a aplicação da fração de 2/3 na terceira fase da dosimetria da pena.

Liminar deferida para suspender a imediata execução da pena alternativa fixada na sentença (e-STJ, fls. 401-403).

Informações prestadas pelo Tribunal impetrado (e-STJ, fls. 409-411).

Parecer do Ministério Público pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 484-489).

É o relatório.

Decido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

No presente caso, ao julgar improvido o apelo defensivo, mantendo a fração da minorante fixada pelo Juízo de origem na terceira fase do procedimento de dosimetria da pena, o Tribunal impetrado assim se manifestou:

> "[...] À míngua de causas de aumento, foi aplicada a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 em metade, "levando em consideração a natureza extremamente nociva da droga apreendida em seu poder" (fl. 244). Apesar de a quantidade de droga não ser excessiva, a natureza do crack ostenta alta nocividade e consequências deletérias.
> Ademais, o acusado foi condenado em primeira instância (aguardando julgamento do apelo), nos autos n. 0001831-51.2014.8.24.0066, pela prática dos crimes dos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/06, o que, consoante a Terceira Seção do STJ, poderia até mesmo justificar o indeferimento da minorante" (e-STJ, fl. 367).

Na espécie, em que pese o inconformismo da defesa, é certo que a aferição da natureza da substância entorpecente pode ser sopesada na definição do índice de redução da pena pela incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Os Tribunais Superiores têm decidido que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (HC 401.121/SP, rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, j. 27/6/2017, DJe 1/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, arel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, j. 23/5/2017, DJe 30/5/2017), de modo que, apresentados motivos idôneos para o índice definido, a fixação do *quantum* da redução é questão afeta à atividade discricionária do julgador, que só pode ser revista quando verificada sua desproporcionalidade, o que não é o caso dos autos.

Nesse sentido, veja-se precedente de minha relatoria:

> "PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS.TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO EM MENOR EXTENSÃO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO NA PRIMEIRA OU NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 1 (UM) ANO. SÚMULA 171 DO STJ. DISCRICIONARIEDADE NA ALTERNATIVIDADE SANCIONATÓRIA. AGRAVO DESPROVIDO.
> 1. Quanto ao sopesamento da quantidade e variedade da droga para a escolha do patamar de redução da pena, previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, já concluiu a Suprema Corte que "não há impedimento a que essas circunstâncias recaiam, alternadamente, na primeira ou na terceira fase da dosimetria, a critério do magistrado, em observância ao princípio da individualização da pena" (HC 129.555 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 7/10/2016, PUBLIC 27/10/2016).
> 2. Na hipótese, a instância ordinária estabeleceu a pena-base no mínimo legal, e fixou a fração da minorante em 1/2 em razão da quantidade e da natureza da droga apreendida (40,3g de crack), conforme autoriza a jurisprudência dos Tribunais Superiores.
> 3. Condenado o agravante a uma pena superior a 1 (um) ano, poderá o magistrado, observando a conveniência e a oportunidade da substituição, e atendendo o preceito legal, substituir a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direito e multa, ou, duas penas restritivas de direitos, sendo defeso a substituição da pena corporal por multa, quando em lei especial a pena privativa for cominada cumulativamente com pena pecuniária. Inteligência da Súmula 171 do STJ.
> 4. A substitutividade da pena privativa de liberdade por restritiva de direito 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.
> 5. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 473542 / SC, de minha relatoria, j. 21/3/2019.)

Ressalte-se que "o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que "o juiz não está obrigado a aplicar o máximo da redução prevista quando presentes os requisitos para a concessão desse benefício, possuindo plena discricionariedade para aplicar, de forma fundamentada, a redução no patamar que entenda necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, como ocorreu no caso concreto" (HC 115.149/SP, Segunda Turma, rel. o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 2/5/13)" (RHC 133.974, rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. 7/2/2017, Public. 3-3-2017).

Quanto à alegação de ausência de prova do elemento subjetivo específico exigido no tipo penal do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, melhor sorte não socorre ao paciente.

In casu, as instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, concluíram pela existência de prova suficiente da intenção de comercialização da droga apreendida, de modo que a modificação desse entendimento, a fim de absolver o paciente, ensejaria o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*.

Nesse sentido, confira-se este precedente:

> "PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE FATOS. VIA INADEQUADA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME PRISIONAL. RÉU REINCIDENTE. MODO FECHADO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.
> 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.
> 2. A pretensão de absolvição por insuficiência de provas não pode ser apreciada por este Corte Superior de Justiça, na via estreita do habeas corpus, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos (Precedente).
> 3. Segundo entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese.
> 4. De acordo com o 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.
> 5. Hipótese em que a instância antecedente, atenta às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a quantidade e a natureza das drogas apreendidas - 10 pedras de crack (2,993g) - para fixar a pena-base em 3 meses acima do mínimo legalmente previsto, o que não se mostra desproporcional.
> 6. Estabelecido o quantum da pena em patamar superior a 4 e não excedente a 8 anos, e verificada a reincidência do paciente, permanece inalterado o regime inicial fechado, nos exatos termos dos arts. 33, § 2º, "b", do Código Penal.
> 7. Habeas corpus não conhecido." (HC 472731/PE, de minha relatoria, j. 6/11/2018.)

Em relação à execução da pena restritiva de direitos, consoante entendido na análise da medida de urgência, a 3ª Seção do STJ, aplacando divergência que existia entre a 5ª e a 6ª Turma acerca da matéria, pacificou nesta Corte, o entendimento de que

não se procede à execução provisória de penas restritivas de direitos, conforme disposto no art. 147 da Lei de Execução Penal (ERESP 1.619.087/SC, Rel. p/ o acórdão o Ministro JORGE MUSSI, julgado em 14.6.2017, DJe de 24.8.2017).

Sobre o tema, vem decidindo a Quinta Turma desta Corte:

> "PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.
> 1. O Supremo Tribunal Federal, ao tratar sobre a execução provisória da pena, decidiu apenas acerca da privativa de liberdade, nada dispondo sobre as penas restritivas de direito.
> 2. Ademais, a Suprema Corte, ao tempo em que vigorava o entendimento de ser possível a execução provisória da pena, como agora, não a autorizava para as penas restritivas de direito (EDcl no AgRg no AREsp 688.225/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 28/09/2016).
> 3. Em suma, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal, as penas restritivas de direitos só podem ser executadas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Precedentes do STF e do STJ.
> 4. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1.618.434/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017)
>
> "PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.
> I - "A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal" (HC n. 126.292/SP, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Teori Zavascki, DJe de 17/5/2016).
> II - Antes da guinada jurisprudencial que o HC n. 84.078/MG, não permitindo execução provisória de pena privativa de liberdade, hoje superada pelo HC n. 126.292/SP, o Pretório Excelso, bem como este Tribunal Superior, já entendia que, no caso das penas restritivas de direitos, não cabia execução provisória antes do trânsito em julgado, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal (precedentes).
> III - Assim, segundo entendimento assente na Quinta Turma deste Tribunal (AgRg no REsp n. 1.618.434/MG, AREsp n. 971.249/SP), é inadmissível a execução provisória de penas restritivas de direito.
> Recurso provido para, reformando o v. acórdão recorrido, suspender a execução provisória das penas restritivas de direitos impostas ao paciente."
> (RHC 80.384/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 07/04/2017)

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. **Concedo** a ordem de

ofício apenas para ratificar a liminar de fls. 401-403, determinando ao Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que se abstenha de determinar a execução da pena alternativa fixada na sentença antes de transitada em julgado a condenação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 09 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator