HABEAS CORPUS Nº 506.781 - SP (2019/0119099-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		LUIS GUILHERME PEREIRA DELLEDONO - SP226676
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	GABRIEL AUGUSTO DE OLIVEIRA ROCHA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de GABRIEL AUGUSTO DE OLIVEIRA ROCHA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 001336-13.2017.8.26.0594).

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente a 5 anos de reclusão, inicialmente no regime fechado, pela prática do delito de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/06).

Interposta apelação, pela defesa, o Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso, reduzindo a reprimenda para 4 anos e 2 meses de reclusão, nos termos do julgamento que ficou assim resumido:

> *TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - RÉUS QUE TRAZIAM CONSIGO PORÇÕES DE MACONHA, COCAÍNA E CRACK - PALAVRAS DOS POLICIAIS EM SINTONIA COM O CONJUNTO PROBATÓRIO, A MERECER CREDIBILIDADE - TRAFICÂNCIA COMPROVADA - CONDENAÇÃO MANTIDA.*
>
> *DOSIMETRIA DAS PENAS PRESENTES OS REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DO REDUTOR DA PENA PREVISTO NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. RECURSO DO RÉU GABRIEL PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO DO ACUSADO LUIZ NÃO PROVIDO* (fl. 74).

Daí o presente *writ*, no qual o impetrante aduz a possibilidade de aplicar a fração máxima de redução da pena prevista no § 4º do art. 33, bem como fixar regime prisional mais brando e substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

Indeferido o pedido liminar e prestadas as informações pela autoridade coatora, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *mandamus*, nos termos da seguinte ementa:

> *HABEAS CORPUS. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º DA LEI N. 11.343/2006 EM SEU PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL FECHADO. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.*
>
> *– A jurisprudência do STJ e do STF assentou o entendimento de que o habeas corpus não deve ser conhecido quando consistir em utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais.*
>
> *– A alteração do entendimento firmado nas instâncias ordinárias, que concluíram pela incidência da fração de 1/6 (art. 33 da Lei nº 11.343/2006) ao caso em exame, demandaria revolvimento fático probatório, inviável na estreita via do habeas corpus.*
>
> *– Segundo entendimento dessa Augusta Corte, a natureza, quantidade e variedade das drogas, associada às peculiaridades do caso concreto, constituem fundamentos idôneos à fixação de regime prisional mais gravoso, observados o § 3º c/c as alíneas do § 2º do art. 33 do CP, bem como as normas contidas no art. 59 do CP e no art. 42 da Lei nº 11.343/2006.*
>
> *– Mantida a pena em patamar superior a quatro anos de reclusão, inaplicável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.*
>
> *– Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus* (fl. 111).

É o relatório.

Decido.

Nos termos da jurisprudência desta Corte, o presente *habeas corpus* não merece ser conhecido, pois impetrado em substituição ao recurso próprio (cf.: HC 358.398/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 09/08/2016).

Embora seja possível a concessão da ordem, de ofício, se constatada a

existência de manifesta ofensa à liberdade de locomoção do paciente, essa não é a hipótese dos autos.

O paciente foi preso em flagrante porque trazia consigo, para fins de comercialização e difusão ilícita a terceiros, 145,62g de maconha, 26,27g de *crack* e 35g de cocaína, razão pela qual foi condenado por tráfico ilícito de drogas.

No julgamento da apelação criminal, o Tribunal de origem reduziu a reprimenda, consignando:

> *Na primeira fase, a pena-base foi corretamente fixada no mínimo legal, ou seja, 5 anos de reclusão, e pagamento de 500 dias-multa.*
>
> *Na segunda etapa, embora de rigor o reconhecimento da menoridade relativa (fl. 25), a reprimenda deve ser mantida no menor patamar, visto que a incidência de atenuante não pode conduzir a sanção penal para aquém do mínimo legal, de acordo com a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.*
>
> *Por fim, o juízo a quo deixou de aplicar o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, por entender que o réu se dedicava à atividade criminosa. Todavia, o réu é primário, não possui maus antecedentes e não há nos autos prova segura de que ele se dedicava à atividade criminosa ou tampouco fosse integrante de organização criminosa. Desse modo, a fim de que a reprimenda se torne justa e razoável como resposta penal à conduta praticada nestes autos, considerando a quantidade e variedade de drogas, além da quantia em dinheiro apreendida, tem-se que a redução deve ser feita na fração de 1/6, resultando, nesta instância, na sanção final e definitiva de 4 anos e 2 meses de reclusão, e pagamento de 416 dias-multa, no valor unitário mínimo.*
>
> *O regime inicial fechado mostra-se o único adequado para ambos os réus, pois as circunstâncias em que cometido o delito, com a apreensão de variedade de entorpecentes, em local conhecido como ponto de tráfico, demonstram que desconto mais brando não seria suficiente para atingir o caráter qualitativo da reprimenda. E não se olvide que a traficância é mola propulsora da criminalidade que assola o país, uma vez que o usuário, na ânsia de sustentar seu vício, pratica toda sorte de delitos, abalando consequentemente toda a sociedade* (fl. 78).

Verifico que a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 foi aplicada em 1/6 (um sexto) tendo em vista a quantidade e a variedade da

droga apreendida.

A fundamentação apresentada no acórdão impugnado está de acordo com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06, bem como com a jurisprudência desta Corte, a qual possui o entendimento de que a quantidade, a natureza e a variedade das drogas podem justificar a aplicação do § 4º em fração inferior a 2/3.

Nesse sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE DA DROGA. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.*
>
> *1. O § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.*
>
> *2. Em razão da quantidade da droga apreendida, torna-se inviável a incidência da causa de diminuição em seu quantum máximo, devendo ser mantido o patamar de 1/2 (metade) fixado na origem.*
>
> *[...]*
>
> *2. Agravo Regimental improvido* (AgRg no HC 287.311/MT, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 01/02/2017).
>
> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. TENTATIVA DE ENTREGA DE ENTORPECENTES DENTRO DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. INTUITO DE MERCANCIA. DELITO CONSUMADO. PRECEDENTE. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. FRAÇÃO FIXADA DENTRO DO CRITÉRIO DA DISCRICIONARIEDADE JURÍDICA VINCULADA. RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *1. Os elementos existentes no autos informam que o agravante, por intermédio de terceira pessoa, solicitou que lhe fosse entregue dentro do presídio 13,2g de cocaína e 29g de maconha com a finalidade de mercancia, respondendo, portanto, pelo crime de tráfico de drogas (coautoria). Precedente.*
>
> *2. O redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 foi fixado em 1/2 (metade) tendo em conta a quantidade e a variedade da droga apreendida.*
>
> *3. O critério para a escolha do patamar de diminuição fica adstrito ao prudente arbítrio do julgador, que deve observar o*

princípio do livre convencimento motivado.

4. Agravo regimental não provido (AgRg no AgRg no REsp 1558988/RO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 01/08/2016).

Esses mesmos elementos (quantidade, variedade e natureza das substâncias entorpecentes) também justificam a fixação do regime prisional mais gravoso.

Nesse diapasão:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DO REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- 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.

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

- No caso, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal de 5 anos de reclusão, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas são circunstâncias que recomendam o regime mais gravoso para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

- Habeas corpus não conhecido (HC 344.946/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 28/03/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE

ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

2. Fixado o regime inicial fechado não só com base na hediondez do delito, mas também em razão da natureza, quantidade e variedade dos entorpecentes apreendidos em poder do paciente - 22 porções de maconha, pesando 61,37g, 24 eppendorfs de cocaína, pesando 15,64g e 22 eppendorfs de crack, pesando 4,19g - fundamentos os quais, inclusive, justificaram a negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

3. Habeas corpus não conhecido (HC 371.001/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 17/10/2016).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 42 DA LEI DE TÓXICOS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. PREPONDERÂNCIA. ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. MINORANTE NÃO AFASTA HEDIONDEZ. MATÉRIA PACIFICADA. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. INVIÁVEL O EXAME EM RECURSO ESPECIAL.

I - A valoração negativa da circunstância referente à quantidade e natureza das substâncias entorpecentes apreendidas, realizada, seja na primeira ou na terceira fase da dosimetria, na linha da orientação emanada do Supremo Tribunal Federal, autoriza a fixação do regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso. (Precedentes).

[…]

Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1480517/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 11/09/2015).

Por fim, a fixação da pena acima de 4 anos impede a sua substituição, nos termos do art. 44, I, do Código Penal – CP.

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

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília (DF), 11 de junho de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator