

HABEAS CORPUS Nº 505.431 - SP (2019/0112198-5)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : FERNANDA COSTA HUESO - SP238066
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON COSTA MARTINS (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de ANDERSON COSTA MARTINS no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado às penas de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 334 dias-multa, no valor diário mínimo, por infração ao art. 33, *caput*, c/c § 4º, da Lei n. 11.343/2006, c/c. o art. 65, I, do Código Penal, porque "trazia consigo e guardava, para fins de comércio, 135 invólucros contendo cocaína, pesando cerca de 72,4g [setenta e dois gramas e quatro decigramas], 26 porções de *crack*, com peso aproximado de 5,3g [cinco gramas e três decigramas], e 26 porções de maconha, pesando aproximadamente 196,6g [cento e noventa e seis gramas e seis decigramas], drogas que causam dependência física e psíquica, assim o fazendo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Foi apreendida ainda a quantia de R\$ 24,00 em moeda corrente" (e-STJ fl. 33).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, desprovido nos termos do acórdão de e-STJ fls. 31/41.

Na presente impetração a defesa assere que "o réu é primário sendo, assim, favoráveis as condições do artigo 59 do Código Penal. Nesse sentido, e ainda considerando que restou comprovado que o acusado não se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não há fundamento legal para deixar de aplicar a redução da pena, nos moldes do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, em seu grau máximo" (e-STJ fl. 4).

Aduz, também, que "mesmo o paciente sendo primário e de bons antecedentes e tendo sido condenado a pena inferior a quatro anos, fazendo jus à incidência do regime aberto, foi condenado em regime mais gravoso sem qualquer embasamento legal" (e-STJ fl. 8).

E, ainda, que "a defesa entende cabível, se reconhecido e aplicado o redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, a substituição da pena corporal imposta por penas restritiva de direitos em casos como este, TRÁFICO PRIVILEGIADO, com base na inconstitucionalidade da vedação de conversão em restritiva de direitos (art. 33 § 4º, parte final e 44 da Lei de Drogas)" (e-STJ fl. 10).

Assim, pugna pela revisão da dosimetria da pena aplicada ao paciente.

O pedido liminar foi deferido (e-STJ fls. 45/48).

Os autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal, que se manifestou pela extinção do feito sem resolução do mérito, mas pela concessão da ordem de ofício (e-STJ fl. 73/82).

É, em síntese, o relatório.

Objetiva a defesa, primeiramente, a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima.

Na espécie, o Tribunal de Justiça, mantendo a sentença, assim se manifestou sobre o tema (e-STJ fls. 37/39):

Na terceira fase, foi reconhecida incidência da causa de redução de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, reduzindo as penas em 1/3. Requer o Apelante a redução máxima.

Assim dispõe o § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06:

"§ 4º Nos delitos definidos no 'caput' e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".

Para redução da pena, essencial que o réu seja "primário", apresente "bons antecedentes", comprove que "não se dedique às atividades criminosas", assim como, "nem integre organização criminosa".

Evidente que essa causa de redução da pena está reservada àquele que age por um impulso, um desvio, em situação isolada no tráfico de drogas.

E mais, os parâmetros para a graduação da redução (1/6 a 2/3) devem ser objetivos e extraídos das diversas circunstâncias que envolvam o caso concreto, podendo variar dentro do seu campo de incidência.

Deve mesmo ser levado em conta que o § 4º do art. 33, tem a sua referência justamente no caráter isolado da conduta realizada, pressupondo mesmo não disponha o réu no seu passado sinais indicativos de que esteja fazendo do crime um meio de vida, atuando com profissionalismo.

Essa causa de redução da pena deve incidir na excepcionalidade, em situações específicas, próprias, quando patente que o tráfico apurado cuidou-se apenas de um desvio na vida do réu, e não de uma contumácia, estilo, repetição de fato análogo, de uma rotina de proceder.

Ao julgador compete a análise do impulso, do fator determinante da conduta objetivamente tratada, que lhe permita concluir tratar-se mesmo de caso de um criminoso meramente ocasional, ou mesmo, se vem tomando aquela conduta como estilo de vida, para que possa, não apenas determinar a gradação da redução da pena, como até mesmo o total afastamento da causa de redução.

No caso, embora o Apelante seja primário e portador de bons antecedentes, como reconheceu a r. sentença combatida, comporta maior rigor a reprovação de sua conduta, em razão da qualidade, quantidade e variedade das drogas apreendidas, cujos malefícios são desastrosos para o usuário e para a sociedade, além das circunstâncias em que ocorreu o crime, com prisão em flagrante após prévia campana e em local conhecido como ponto de tráfico, com apreensão de dinheiro de origem ilícita e confissão informal, no sentido de que estaria comercializando drogas há cerca de um ano, e parcial em Juízo, que requer maior rigor, inviabilizando redução maior.

Logo, deve ser mantida a redução em 1/3, totalizando as penas em 03 anos e 04 meses de reclusão e 334 dias-multa, que se mostram como necessárias e suficientes para a reprovação prevenção do crime. (Grifei)

Sob esse prisma, não vislumbro constrangimento ilegal, uma vez que o Tribunal local não reconheceu a incidência da minorante em sua fração de 2/3 (dois terços) com base, sobretudo, **na quantidade, na qualidade e na variedade das drogas apreendidas – 135 invólucros contendo cocaína, pesando cerca de 72,4g (setenta e dois gramas e quatro decigramas), 26 porções de crack, com peso aproximado de 5,3g (cinco gramas e três decigramas), e 26 porções de maconha, pesando aproximadamente 196,6g (cento e noventa e seis gramas e seis decigramas) –,** respeitando os critérios legais estabelecidos pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em

observância aos pormenores da situação concreta, excluindo a possibilidade de aplicação do pretendido redutor em grau máximo.

A propósito, confirmam-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO EM PATAMAR AQUÉM DO MÁXIMO. FIXAÇÃO EM RAZÃO DA QUANTIDADE OU NATUREZA DA DROGA. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

[...].

2. Em regra, não se presta o recurso especial à revisão da dosimetria da pena estabelecida pelas instâncias ordinárias. Admite-se o reexame quando configurada manifesta violação dos critérios dos arts. 59 e 68, do CP, sob o aspecto da legalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.

3. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a natureza, a variedade e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a fixação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em patamar inferior ao máximo legal, nos termos do art. 42 da mesma Lei. Precedentes.

4. Agravo regimental provido para conhecer do agravo em recurso especial e negar-lhe provimento (AgRg no AREsp 859.393/MG, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 02/02/2017, grifei.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. QUANTUM DO REDUTOR. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. DISCRICIONARIEDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência firmou o entendimento de que, como o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, especialmente, o disposto no art. 42 da Lei de Drogas.

2. Havendo sido concretamente fundamentada a aplicação da minorante no patamar de 1/6, com base na natureza e na quantidade de drogas apreendidas, deve ser mantida inalterada a fração de diminuição, máxime porque tais elementos não foram sopesados para fins de exasperação da pena-base.

3. O juiz, ao reconhecer a presença dos quatro requisitos necessários ao reconhecimento da benesse em questão, não está

obrigado a aplicar o patamar máximo de redução de pena, porquanto possui plena discricionariedade para aplicar a redução no quantum que entenda suficiente e necessário para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

4. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 1041996/MG, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/05/2017, DJe 11/05/2017, grifei.)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REGIME FECHADO. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DAS DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

1. A simples presença dos requisitos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não gera direito à aplicação da fração máxima da minorante, que pode ser modulada dentro dos parâmetros mínimo e máximo previstos, desde que haja fundamentação idônea. Nessa modulação, é possível a utilização da quantidade e natureza das drogas apreendidas, desde que não tenham sido avaliadas em outra etapa da dosimetria, para que não haja bis in idem.

2. A quantidade e nocividade das drogas apreendidas (10 porções de oxi, 4 porções de cocaína e 1 porção de maconha) constituem fundamento idôneo para a estipulação da fração mínima de 1/6, conforme efetivado pelo Tribunal de origem, bem como para impor o regime mais gravoso.

3. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1628219/AM, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 31/08/2017, grifei.)

Ademais, este Tribunal Superior firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade da droga apreendida constituem fundamentos idôneos para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso bem como para afastar a substituição da pena.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. FUNDAMENTO COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (29 PEDRAS DE CRACK). FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO. FUNDAMENTO CONCRETO PARA A FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO - O SEMIABERTO - E NÃO O FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, **a natureza, a variedade e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a fixação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em patamar inferior ao máximo legal, constituindo, outrossim, justificativa para a imposição do regime mais severo e para o indeferimento da substituição das penas. Precedentes.**

3. Todavia, embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos - 1 ano e 8 meses - cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal. Precedentes.

4. Habeas corpus não conhecido, mas ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva.

(HC 337.305/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 25/05/2016, grifei.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E NATUREZA DA DROGA. POSSIBILIDADE. PLEITO DE APLICAÇÃO DA REDUTORA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM O ESTABELECIMENTO DO REGIME MAIS GRAVOSO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o 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.

- 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 das circunstâncias do crime e da natureza da droga.

- *Inexiste constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, não foi aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, à vista de elementos concretos que indicaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico. Modificar tal entendimento importa revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do writ.*

- *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.*

- *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 440/STJ e 718/STF.*

- *No caso, considerando-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em 6 anos de reclusão, em razão das circunstâncias do crime e da nocividade da droga apreendida, o regime mais gravoso foi devidamente fundamentado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.*

- *Habeas corpus não conhecido.*

(HC 321.301/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 15/04/2016.)

No caso dos autos, apesar de existir fundamentação idônea apta a justificar o afastamento da substituição e o recrudescimento do regime prisional (natureza e quantidade da droga), vislumbro a existência de equívoco tanto no acórdão como na sentença condenatória, uma vez que o regime imediatamente mais gravoso, na espécie, seria o semiaberto, conforme determina o art. 33 do Código Penal.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. FUNDAMENTO COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (29 PEDRAS DE CRACK). FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO. FUNDAMENTO CONCRETO PARA A FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO - O SEMIABERTO - E NÃO O FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a natureza, a variedade e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a fixação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em patamar inferior ao máximo legal, constituindo, outrossim, justificativa para a imposição do regime mais severo e para o indeferimento da substituição das penas. Precedentes.

3. Todavia, embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos - 1 ano e 8 meses - cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal. Precedentes.

4. Habeas corpus não conhecido, mas ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva.

(HC 337.305/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 25/05/2016, grifei)

PENAL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO SIMPLES. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. REGIME INTERMEDIÁRIO. SUFICIÊNCIA.

1. Tratando-se de réu tecnicamente primário, porquanto a condenação anterior ocorreu há mais de dez anos, e estando a pena em concreto estipulada em patamar alcançado pelo regime aberto (art. 33, § 2º, "c", do Código Penal), ainda que existente circunstância judicial desfavorável, mostra-se desproporcional o estabelecimento de regime fechado para o cumprimento da pena, uma vez que o regime semiaberto já se afigura como mais gravoso que aquele previsto na lei.

[...]

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 615.877/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 04/08/2015.)

Ante o exposto, **concedo a ordem, para assegurar ao paciente o regime semiaberto para o cumprimento da pena, ratificada a liminar.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 11 de junho de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator

