

HABEAS CORPUS Nº 548.571 - SP (2019/0356896-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : REGINA BAUAB MERLO - SP210594
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VALDIR HOLGADO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de VALDIR HOLGADO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (0045080-41.2017.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 20/27).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi improvido (e-STJ fls. 22/30), em acórdão assim ementado:

PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO.

Pretendida a absolvição por insuficiência probatória. Alternativamente, a aplicação do redutor do §4º, do art. 33 da Lei de Drogas, com fixação do regime aberto e substituição da pena. Descabimento.

A) Absolvição. Impossibilidade. O delito e a autoria atribuída ao réu restaram cabalmente demonstrados, não havendo qualquer prova em sentido contrário. Desse modo, acertada a condenação.

B) Aplicação do redutor do §4º, do art. 33, da Lei de Drogas. Descabimento. O réu estava traficando, em ponto conhecido por ser de mercancia de entorpecentes, na posse de razoável quantidade de drogas, o que evidencia não ser novato, demonstrando ligação com atividade criminosa ou organização criminosa, afastando, assim, a aplicação do referido redutor.

C) Regime aberto e substituição da pena. Inadequação. O réu

cometeu um crime equiparado a hediondo, de gravidade concreta (conforme o caso foi descrito), mostrando-se o regime fechado o único possível de coibir que continue na atividade criminosa, aplicando-se a Lei 8072/1990 com a redação da Lei 11.464/2007 e artigo 33, § 3º, do CP. E pelos mesmos motivos, insuficiente e inadequada a substituição da pena corporal por pena restritiva de direitos, além do montante atribuído a pena impedir essa substituição (artigo 44, I e II, do CP).

Negado provimento.

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 3/11), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois não aplicou o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, embora os requisitos previstos na norma para a incidência do benefício tenham sido preenchidos. No ponto, destaca que a quantidade de droga encontrada em poder do paciente não era excessiva e que as circunstâncias declinadas na origem não são idôneas para concluir que o paciente se dedica a atividades criminosas.

Também assevera ser indevido o estabelecimento do regime inicial fechado, pois a hediondez ou gravidade abstrata do delito não são suficientes para ensejar o recrudescimento do regime, sendo possível o estabelecimento do regime aberto em caso de redução da pena.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a concessão da ordem para que a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 seja aplicada, além do abrandamento do regime inicial.

É o relatório. **Decido.**

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumprir analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a

concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014; STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Acerca do rito a ser adotado, as disposições previstas nos arts. 64, III, e 202 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça não afastam do Relator a faculdade de decidir liminarmente, em sede de *habeas corpus* e de recurso em *habeas corpus*, a pretensão que se conforma com súmula ou a jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores ou a contraria (AgRg no HC n. 513.993/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 25/6/2019, DJe 1º/7/2019; AgRg no HC n. 475.293/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 03/12/2018; AgRg no HC n. 499.838/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 11/4/2019, DJe 22/04/2019; AgRg no HC n. 426.703/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 18/10/2018, DJe 23/10/2018 e AgRg no RHC n. 37.622/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 6/6/2013, DJe 14/6/2013).

Nesse diapasão, *uma vez verificado que as matérias trazidas a debate por meio do habeas corpus constituem objeto de jurisprudência consolidada neste Superior Tribunal, não há nenhum óbice a que o Relator conceda a ordem liminarmente, sobretudo ante a evidência de manifesto e grave constrangimento ilegal a que estava sendo submetido o paciente, pois a concessão liminar da ordem de habeas corpus apenas consagra a exigência de*

racionalização do processo decisório e de efetivação do próprio princípio constitucional da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, o qual foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela EC n.45/2004 com status de princípio fundamental (AgRg no HC n. 268.099/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 2/5/2013, DJe 13/5/2013).

Na verdade, a ciência posterior do Parquet que, longe de suplantar sua prerrogativa institucional, homenageia o princípio da celeridade processual e inviabiliza a tramitação de ações cujo desfecho, em princípio, já é conhecido (EDcl no AgRg no HC n. 324.401/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 2/2/2016, DJe 23/2/2016).

Em suma, para conferir maior celeridade aos habeas corpus e garantir a efetividade das decisões judiciais que versam sobre o direito de locomoção, bem como por se tratar de medida necessária para assegurar a viabilidade dos trabalhos das Turmas que compõem a Terceira Seção, a jurisprudência desta Corte admite o julgamento monocrático do writ antes da ouvida do Parquet em casos de jurisprudência pacífica (AgRg no HC n. 514.048/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 6/8/2019, DJe 13/8/2019).

Possível, assim, a análise do mérito da impetração, já nesta oportunidade.

Busca-se, em síntese, a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e o abrandamento do regime prisional.

Como é cediço, a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: *a)* seja primário; *b)* de bons antecedentes; *c)* não se dedique às atividades criminosas; e *d)* nem integre organização criminosa.

No caso, segue a fundamentação utilizada pelo Tribunal *a quo* para

não aplicar o privilégio previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 42/43):

Assim, mantida a pena básica, na primeira fase, apesar da presença de maus antecedentes (fls. 132 processo 0061193-23.1987.8.26.0050 fato: 12/11/1987 condenado, por infração ao artigo 157, § 2º, I e II, do Código Penal, à pena de 05 anos e 04 meses de reclusão, regime semiaberto, e pagamento de 13 dias-multa, trânsito em julgado defesa em 20/06/1990). Porém, em se conformando o Ministério Público, nada pode ser alterado. Na segunda fase, ausentes atenuantes ou agravantes. E na terceira fase, não havia mesmo como ser aplicado o redutor do §4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, diante da diversidade e quantidade de entorpecentes apreendidos (10 porções de maconha e 28 de cocaína), em local conhecido por ser de mercancia, situação que no mínimo evidencia que o réu possuía ligação com atividade criminosa ou com organização criminosa, de modo a ter autorização de estar ali negociando entorpecentes, o que impede a aplicação do referido redutor. Destaca-se, inclusive, os “maus antecedentes”, igualmente impeditivos para a benesse, aqui não importando a sua não utilização na primeira fase do cálculo.

Dessa forma, justamente por possuir maus antecedentes, o paciente não preenche os requisitos previstos na norma, cujo teor é expresso ao vedar a aplicação da benesse àqueles que possuem maus antecedentes ou é reincidente.

Nesse sentido, segue a jurisprudência desta Corte:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE ELEVADA. ALICIADOR DE "MULAS". FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. RÉU REINCENTE. NÃO APLICAÇÃO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

4. 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

organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

5. Reconhecida pelas instâncias ordinárias a reincidência do paciente, é incabível a aplicação da mencionada benesse, porquanto não preenchidos os requisitos legais. Precedentes.

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 389.898/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 18/8/2017).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA USO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A incidência da causa especial de redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas pressupõe a ocorrência, cumulativa, de 4 requisitos: (a) ser primário; (b) possuir bons antecedentes; (c) não dedicar-se a atividades criminosas; (d) não integrar organização criminosa. Na hipótese dos autos, a reincidência do réu afasta, de plano, a concessão do benefício.

3. A via estreita do habeas corpus não é adequada para pleitear a subsunção da conduta de tráfico para o delito de porte de substância para uso próprio, por demandar revolvimento fático-probatório, incompatível com o seu rito célere e de cognição sumária.

Habeas corpus não conhecido. (HC 363.328/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, DJe 28/10/2016)

Portanto, na espécie, inexistente ilegalidade na negativa de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

No que toca ao regime prisional, embora o paciente seja tecnicamente primário e a condenação não supere 8 anos de reclusão, a existência de maus antecedentes, sopesado para não aplicar a minorante do tráfico, inviabiliza o abrandamento do regime prisional.

Em hipóteses análogas, nas quais circunstâncias concretas embasam o regime mais gravoso, embora a pena-base tenha sido estabelecida no

mínimo legal e o paciente seja primário, segue a jurisprudência desta Corte.

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PENA-BASE. INCREMENTO AFASTADO. REPRIMENDA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÕES ANTERIORES. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CIRCUNSTÂNCIAS ESPECÍFICAS DO CASO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. Conquanto a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal de 5 anos de reclusão, as circunstâncias do caso concreto, destacadas pelo Tribunal de origem, 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.

6. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para decotar o incremento de 6 meses na sanção básica, fixando a reprimenda final em 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais 500 dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão. (HC 525.666/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, DJe 26/9/2019).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA IGUAL A 8 ANOS. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E LESIVIDADE DA DROGA APREENDIDA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

IV - Ressalto que, mesmo nas hipóteses de pena-base no mínimo legal, é possível agravar somente o aspecto qualitativo da reprimenda (regime) para se chegar a uma resposta suficiente à reprovação e à prevenção do delito.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 506.372/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 25/6/2019).

Assim, na espécie, as pretensões formuladas pela impetrante

Superior Tribunal de Justiça

encontram óbice na jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, revelando-se manifestamente improcedentes.

Ante o exposto, com base no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno do STJ, **não conheço** do *habeas corpus*.

Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator