

HABEAS CORPUS Nº 538.309 - SP (2019/0302430-4)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PEDRO NAVES MAGALHAES - SP305727
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL ROSA DOS REIS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. NÃO APLICAÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. VIA INADEQUADA. OFENSA AO CONTRADITÓRIO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. INCABÍVEL A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA A ORDEM.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de RAFAEL ROSA DOS REIS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos da Apelação Criminal n.º 0000688-96.2018.8.26.0594.

Consta nos autos que o Paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, além do pagamento de 260 (duzentos e sessenta) dias-multa, pela prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006 e 14, *caput*, da Lei n.º 10.826/2003, em concurso material, pois surpreendido na posse de 655,58g (seiscentos e cinquenta e cinco gramas e cinquenta e oito decigramas) de maconha, 48,09g (quarenta e oito gramas e nove decigramas) de cocaína e 5 (cinco) munições calibre 380.

Irresignadas, apelaram as partes. O Tribunal de origem negou provimento ao recurso defensivo e deu provimento ao apelo ministerial para "*aumentar a pena de Rafael*

Superior Tribunal de Justiça

Rosa dos Reis para 07 (sete) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e ao pagamento de 593 (quinhentos e noventa e três) dias multa, no valor mínimo legal, fixando-lhe o regime inicial fechado para o cumprimento da pena" (fl. 61).

Neste writ, a Impetrante argumenta que *"a quantidade de droga supostamente apreendida não é suficiente para elevação da pena na primeira fase" (fl. 7).*

Sustenta que os fundamentos utilizados para negar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006 *"não se basearam em qualquer fato concreto que constasse da denúncia, muito menos em provas, de forma que, além de não passarem de meras presunções, tais informações não foram submetidas ao contraditório judicial" (fl. 9).*

Assevera que *"a presunção de que o réu fazia do tráfico seu meio de vida surgiu exclusivamente em segunda instância, tendo vista que não constaram da denúncia e não foi viabilizado ao paciente produzir provas a tal respeito" (fl. 9).*

Defende a fixação de regime mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Requer o deferimento do pedido liminar para que o Acusado possa aguardar o julgamento deste writ em liberdade ou,

"[...] desde logo, seja reformado o acórdão para i) afastar a causa de aumento da pena-base ii) reduzir a pena do paciente na terceira fase da dosimetria, restabelecendo-se o redutor previsto no art. 33 § 4º da Lei 11.343/06 que fora aplicado em primeira instância em sua razão máxima ou qualquer outra fração que este c. Tribunal entender cabível, ii) fixar o regime aberto com substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou ao menos restabelecer o regime inicial semiaberto que fora aplicado em primeira instância" (fls. 18-19).

No mérito, pleiteia a confirmação da liminar.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 65-67.

As informações foram dispensadas, pois devidamente instruídos os autos.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do writ, mas pela concessão da ordem de ofício *"para que seja aplicada a fração redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas em seu patamar mínimo, dada a quantidade de droga*

apreendida (1/6)" (fl. 76).

É o relatório. Decido.

Inicialmente, cumpre registrar que, excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, na via do *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

Como é sabido, o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime. Especialmente quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, **motivadamente**, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

Na espécie, o Tribunal de origem fixou a pena-base acima do mínimo legal "*levando-se em consideração a expressiva quantidade e natureza da droga apreendida, o que resulta em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão*" (fl. 57).

Conforme se observa da transcrição realizada, o aumento operado na primeira fase da dosimetria está devidamente justificado, nos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, em razão, em especial, da quantidade de droga apreendida – **655,58g** (seiscentos e cinquenta e cinco gramas e cinquenta e oito decigramas) de **maconha**, **48,09g** (quarenta e oito gramas e nove decigramas) de **cocaína**.

Nesse sentido:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE. IMPUGNAÇÃO EM FACE DE INDEFERIMENTO DE LIMINAR. DECISÃO FUNDAMENTADA. NÃO CABIMENTO. RECURSO NÃO CONHECIDO.

[...]

3. A pretensão de fixação do regime semiaberto não foi formulada na petição inicial do writ, inexistindo, pois, falar em omissão da decisão embargada. Não bastasse, observa-se que foram apreendidos 274 gramas de maconha, quantidade, a princípio, idônea ao agravamento da pena-base e, por igual, nos termos do § 3º do art. 33 do CP, à imposição de regime inicial de cumprimento de pena mais

severo.

4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental não conhecido." (EDcl no HC 437.212/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 03/04/2018; sem grifos no original.)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À SANÇÃO CORPORAL TOTAL DE 6 ANOS E 3 MESES DE RECLUSÃO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA E PRESENÇA DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.434/2006 E DO ART. 59 DO CP. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- No caso, observa-se que a pena-base do delito de tráfico de entorpecentes afastou-se do mínimo legal com base na quantidade da droga apreendida (442,9 gramas de maconha) e na vasta lista de antecedentes do acusado, não havendo qualquer ilegalidade a ser sanada, pois o acréscimo de 1/4 à pena basilar encontra-se proporcional e baseado em elementos concretos, devendo ser mantido em respeito à discricionariedade do julgador.

[...]

- Habeas corpus não conhecido." (HC 309.114/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 06/09/2016; sem grifos no original.)

Quanto à minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, fará jus à aplicação dessa causa especial de diminuição o acusado primário, portador de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

No caso em apreço, o Tribunal local consignou estar "*evidenciado que o réu fazia do tráfico seu meio de vida, não se tratando de mero traficante ocasional*" (fl. 58), ou seja, estaria demonstrada a dedicação do Paciente às atividades criminosas.

Para se desconstituir o entendimento firmado pela instância ordinária acerca da dedicação do Paciente às atividades criminosas e, por conseguinte, concluir pelo preenchimento dos requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, seria necessário proceder ao revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se mostra

cabível na estreita e célere via do *habeas corpus*.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MOMENTO DO INTERROGATÓRIO. ÚLTIMO ATO DA INSTRUÇÃO. NOVO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO PRETÓRIO EXCELSO NO BOJO DO HC 127.900/AM. MODULAÇÃO DE EFEITOS. PUBLICAÇÃO DA ATA DE JULGAMENTO. ACUSADO INTERROGADO NO INÍCIO DA INSTRUÇÃO. SENTENÇA PRETÉRITA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM, RATIFICADA A LIMINAR DEFERIDA.

[...]

2. Concluído pelas instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

[...]

6. Habeas corpus parcialmente concedido, ratificada a liminar deferida, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento das penas impostas ao paciente." (HC 448.522/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018; sem grifos no original.)

"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RÉU INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA. HABEAS CORPUS IMPROVIDO.

1. A teor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, as penas do crime de tráfico poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. À múnua de critérios legais que norteiem o grau da redução, firmou este Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a quantidade e/ou a natureza da droga, bem como

as demais circunstâncias do caso, podem balizar o índice de diminuição, ou, até mesmo, justificar a não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciada a dedicação do réu à atividade criminosa.

2. Afastada a redutora pela Corte a quo, com fundamento em circunstâncias do caso que evidenciam a dedicação do réu à atividade criminosa, apontando que o réu abastecia o ponto de tráfico, a pretendida revisão do julgado implicaria o reexame do material cognitivo produzido nos autos, insuscetível de ser realizada na estreita via do habeas corpus. Precedentes.

3. Habeas corpus *denegado*." (HC 469.898/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 01/02/2019, sem grifos no original.)

Ademais, a Corte local não se manifestou sobre a alegação de que "*a presunção de que o réu fazia do tráfico seu meio de vida surgiu exclusivamente em segunda instância, tendo vista que não constaram da denúncia e não foi viabilizado ao paciente produzir provas a tal respeito*" (fl. 9), razão pela qual essa matéria não pode ser examinada neste *writ*, sob pena de indevida supressão de instância.

Por fim, considerando a pena imposta – **7 (sete) anos e 10 (dez) meses de reclusão** – e a existência de circunstância judicial negativa, é cabível a fixação do regime inicial fechado, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. De outra parte, é indevida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, já que não preenchido o requisito previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

Ante o exposto, CONHEÇO EM PARTE do *habeas corpus* e, nessa parte, DENEGO A ORDEM.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora