HABEAS CORPUS Nº 533.601 - MS (2019/0276695-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	SIDNEY BICHOFE
ADVOGADO	:	SIDNEY BICHOFE - MS010155
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	:	LUCAS RODRIGUES DA SILVA
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de LUCAS RODRIGUES DA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática dos delitos de tráfico de drogas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06) e posse irregular de arma de fogo de uso permitido (art. 12 da Lei n. 10.826/03).

Em primeiro grau, a pena do delito de tráfico foi fixada em 4 anos de reclusão em regime aberto, porém, em apelação do Ministério Público, o Tribunal *a quo* aumentou-a para 5 anos e 10 meses de reclusão em regime fechado.

Neste *writ*, o impetrante sustenta que o paciente preenche os requisitos para a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 e de regime mais brando (art. 33 do CP), com a consequente substituição da pena (art. 44 do CP).

Também aduz que a fração da confissão espontânea deve ser alterada de 1/6 para 1/8. Alega, ainda, ser devida a redução da pena de multa

Requer a concessão da ordem nesses termos, inclusive em liminar.

Medida liminar indeferida conforme decisão de fls. 177/178.

Parecer ministerial de fls. 183/189

É o relatório.

Decido.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: F3C6D47D-C2F8-490F-A3EA-13D2D7F8CA73

alegações expostas na inicial, razoável o processamento do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

De início, tem-se que a fração de 1/6 tem sido a usualmente adotada pela jurisprudência desta Corte, para modulação da pena, na segunda fase da dosimetria, ressalvada fundamentação concreta que justifique outro patamar.

A propósito:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ARMA DE FOGO. ACESSO AS MENSAGENS DE APARELHO CELULAR APREENDIDO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. OUTRAS PROVAS A CORROBORAR A CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. ILEGALIDADE. CORREÇÃO REALIZADA. EXTENSÃO DOS EFEITOS DA ORDEM AO CORRÉU.*
>
> *[...]*
>
> *5. Na segunda fase da dosimetria, ainda que inexista critérios mínimo e máximo para aumento ou diminuição da pena em face das agravantes ou atenuantes, predomina nesta Corte o entendimento de que o afastamento da fração usual de 1/6, na segunda fase, demanda fundamentação concreta, o que não ocorreu na hipótese dos autos (cf: HC 424.944/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 11/4/2018 e HC 423.573/GO, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 20/4/2018).*
>
> *[...]*
>
> *8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a reprimenda imposta ao paciente, com extensão ao corréu"* (HC 433.930/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 29/6/2018).

> *"REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE RELEVANTE INTERESSE AMBIENTAL. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. CELEBRAÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL. POSSIBILIDADE DE PROSSEGUIMENTO DE AÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AMBIENTAL. ABSOLVIÇÃO. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. NECESSIDADE DO REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. SURSIS PENAL E PROCESSUAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 282/STF. VALOR DO DIA-MULTA. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 283/STF. RECURSO IMPROVIDO.*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: F3C6D47D-C2F8-490F-A3EA-13D2D7F8CA73

[...]

DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE MAJORADA COM BASE EM CIRCUNSTÂNCIAS GENÉRICAS E ABSTRATAS. AFASTAMENTO. AGRAVANTE. FRAÇÃO DE AUMENTO. REDIMENSIONAMENTO. DIAS-MULTA. ADEQUAÇÃO. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

[...]

4. O entendimento jurisprudencial predominante nesta Corte é no sentido de admitir 1/6 como fração-guia para o aumento na segunda fase do cálculo da pena, permitindo, contudo, que em situações específicas e com a devida fundamentação o magistrado aplique aumento ou diminuição em patamar diverso, circunstância inexistente in casu, razão pela qual redimensiona-se a reprimenda nessa etapa do cálculo.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. Habeas Corpus concedido de ofício para redimensionar a pena privativa de liberdade, adequando-se a pena de multa imposta" (AgRg no AREsp 1058993/MA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 15/6/2018).

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE A PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA PRESENTE VIA. FRAÇÃO DE AUMENTO SUPERIOR A 1/6 NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE CERTIDÃO COMPROBATÓRIA. INDEVIDA INOVAÇÃO RECURSAL. REINCIDENTE ESPECÍFICO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

V - Consoante entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, a aplicação de fração superior à 1/6, pelo reconhecimento das agravantes e das atenuantes genéricas, exige motivação concreta e idônea.

[...]

Agravo regimental desprovido" (AgRg no HC 435.921/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 8/5/2018).

Na hipótese dos autos, inexistem elementos concretos a justificar a diminuição da pena em patamar inferior a 1/6, conforme precedentes deste Tribunal.

Noutro enfoque, da análise dos autos, mormente da leitura atenta da sentença de primeiro grau e do acórdão objurgado, tem-se que as instâncias ordinárias

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: F3C6D47D-C2F8-490F-A3EA-13D2D7F8CA73

negaram a aplicação do aludido redutor considerando que as circunstâncias apuradas na instrução processual, evidenciaram a dedicação do réu em atividades criminosas. A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuciente exame aprofundado de fatos e provas, procedimento inviável de ser realizado no rito eleito. A propósito:

> *"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. [...]*
>
> *2. Os requisitos legais para a incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas são agente reconhecidamente primário, com bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.*
>
> *3. Concluído pelas instâncias ordinárias, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e na natureza da droga apreendida, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes. [...]*
>
> *5. Habeas corpus não conhecido."* (HC 330.342/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 27/4/2016)

> *"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS E INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: F3C6D47D-C2F8-490F-A3EA-13D2D7F8CA73

CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. [...]

2. Concluído pelas instâncias ordinárias, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas e integrava organização criminosa, 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. [...]

5. Habeas corpus não conhecido." (HC 353.208/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 29/04/2016)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS IDÔNEAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. [...] CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]

2. Rever o entendimento externado pela Corte de origem para o fim de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 demandaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, inviável em sede de habeas corpus. [...]

6. Habeas corpus não conhecido." Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto (HC 344.751/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 19/04/2016)

Tampouco há falar em flagrante ilegalidade na fixação do regime prisional fechado. Isso porque a quantidade e natureza da droga apreendida, considerando como circunstância judicial desfavorável, justifica 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.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: F3C6D47D-C2F8-490F-A3EA-13D2D7F8CA73

QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- 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). [...]

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: F3C6D47D-C2F8-490F-A3EA-13D2D7F8CA73

> *Agravo regimental desprovido."* (AgRg no REsp 1480517/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA,DJe 11/09/2015)

A fixação da pena acima de 4 (quatro) anos impede a sua substituição, nos termos do art. 44, I, do Código Penal – CP.

Alfim, não deve ser acolhido o pleito de redução da pena de multa, pois as penas pecuniárias foram fixadas de forma proporcional à pena privativa de liberdade aplicada, e considerada a condição econômica do réu quando da fixação do valor unitário dos dias-multa, nos termos do art. 49, § 1º, do CP.

Dessa forma, inexiste flagrante constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem de ofício.

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

Publique-se.

Brasília, 04 de dezembro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: F3C6D47D-C2F8-490F-A3EA-13D2D7F8CA73