

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – RELATOR
DO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 149.139 – 2ª TURMA –
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RHC 149.139

Recorrente: Igor da Silva Cardozo

Recorrido: Superior Tribunal de Justiça

IGOR DA SILVA CARDOZO, já devidamente qualificado nos autos, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, por intermédio do Defensor Público-Geral Federal, através do Defensor designado, conforme Portaria 464, de 29 de julho de 2016, interpor recurso de **AGRAVO**, previsto no artigo 317 do RISTF, em face da r. decisão monocrática publicada em 12 de junho de 2018, que negou provimento ao **RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 149.139**, interposto contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça que não conheceu do habeas corpus 392.489/SP.

COLENDAS TURMAS

1. BREVE NARRAÇÃO DOS FATOS

O agravante foi condenado pelo Douto Juízo de 1º grau à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, pela suposta prática de tráfico de drogas, delito previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/06. **O total encontrado com ele foi de 7,2 gramas líquidos, sendo 21,98 o peso bruto do conteúdo, vide a sentença (lauda 15) e o laudo pericial, ambos**

acostados aos autos eletrônicos.

A defesa, inconformada, apelou da decisão, pleiteando a reforma da sentença.

Foi negado provimento ao recurso interposto, sob o fundamento de ser grande a quantidade de droga apreendida, além de o paciente possuir passagem na Vara da Infância e Juventude.

Em face da decisão, foi impetrado habeas corpus perante o Superior Tribunal de Justiça, buscando o reconhecimento do tráfico privilegiado, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito, bem como a fixação de regime mais brando que o fechado para o desconto da pena.

Os Ministros da Quinta Turma do STJ decidiram, por unanimidade, não conhecer do pedido, tendo, entretanto, enfrentado o mérito da impetração.

Irresignada, a defesa interpôs recurso ordinário em face do acórdão prolatado pela Quinta Turma.

Tal recurso teve seu seguimento negado monocraticamente, mantendo-se a decisão que impôs ao agravante o regime mais gravoso para o cumprimento de pena, afastada ainda a redutora e seus consectários.

No entanto, tal decisão não merece prosperar, como será demonstrado a seguir.

2. DA TEMPESTIVIDADE DO PRESENTE AGRAVO

Inicialmente, cumpre afirmar a tempestividade do recurso manejado. A Defensoria Pública-Geral da União foi intimada por meio eletrônico em 22 de junho de 2018, sexta-feira.

Cabe lembrar estar a parte assistida pela Defensoria Pública, o que impõe a contagem em dobro dos prazos processuais.

Assim, o prazo final para a interposição do presente agravo é 3 de agosto de 2018, sexta-feira, já descontado o período de férias coletivas.

3. DAS RAZÕES RECURSAIS

Conforme se extrai da sentença, o paciente é primário, menor de 21 (vinte e um) anos à data do fato, confessou em sede policial que estava portando 7,2g de cocaína em peso líquido. Restou condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão em regime fechado, afastada a minorante do §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06. O entendimento adotado pelo Magistrado de primeiro grau foi mantido pelo Tribunal de Justiça Bandeirante e também pelo Superior Tribunal de Justiça.

A pena-base foi fixada em 5 (cinco) anos, pelo que foram desconsideradas as duas atenuantes existentes, confissão e menoridade, em obediência ao enunciado da Súmula 231 do STJ.

O agravante é primário, ostentando, como registro anterior, a ocorrência de um ato infracional.

A fundamentação utilizada para se afastar a minorante, com a consequente substituição de pena e para se impor o regime fechado ao agravante é genérica, conforme será abordado a seguir.

A quantidade de droga era diminuta, ínfima, a bem dizer. Não há qualquer indicação de envolvimento do agravante com grupo criminoso, de modo a afastar a redutora, bem como a substituição e o regime mais brando.

O que se extrai das instâncias anteriores é o entendimento de que tráfico de drogas, ainda que em pequena quantidade, legitima a imposição do regime mais gravoso, já afastado pelo Plenário do STF, bem como a existência de uma medida socioeducativa impediria a aplicação da minorante e a consequente substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Não parece justificável o afastamento da causa de diminuição acima mencionada com base na pré-existência de um único ato infracional, uma vez que este, por não configurar crime e ser aplicado justamente a menores de idade, pessoas em formação, não deveria ser igualado à prática de delito anterior.

Na verdade, se a existência de um ato infracional bastar para se afastar a minorante, sua prática estará equiparada a crime anterior, no que concerne ao

aspecto “inexistência de maus antecedentes” (um dos requisitos do §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06). Ou seja, se ato infracional não gera maus antecedentes, nem reincidência, não permitindo o aumento da pena; pela mesma razão, não deve ser impeditivo de aplicação da redutora do §4º do artigo 33 da Lei de Drogas.

Mais ainda, a r. sentença apontou a existência de **apenas um ato infracional supostamente praticado pelo agravante** (transitado em julgado em 26/09/2014), pelo que sequer se pode falar em prática reiterada, como tem entendido o Superior Tribunal de Justiça para afastar a minorante.

Além disso, não se pode perder de vista que a quantidade de droga apreendida é indicativa de atuação de pouca relevância do recorrente. Aliás, o STJ, ao julgar o habeas corpus lá impetrado, assim decidiu, conforme se extrai do voto condutor prolatado pelo Eminentíssimo Ministro Relator Felix Fischer:

“In casu, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na quantidade e na natureza da droga apreendida, ou seja, 30 (trinta) porções de cocaína individualmente embaladas e prontas para serem entregues aos consumidores, perfazendo um tal de 21,98 gramas.” (STJ, 5ªT, Ministro Felix Fischer, DJe 22/08/2017)

Reitera-se: se 21,98g de cocaína já não indicam grande traficância, a situação é ainda mais singela, uma vez que, tanto a sentença, quanto o laudo pericial informam que a quantidade líquida de droga era de **7,2 g** (o laudo pericial chegou a esclarecer que dos 7,2g de cocaína, utilizou 2,4g para a realização da análise, tendo restituído 4,8g).

Por sua vez, o regime foi fixado e mantido com base em fundamentos que, se acolhidos, significariam a repristinação da imposição obrigatória do regime fechado; afinal, se acusado primário, portando 7,2 gramas de cocaína, merece o regime mais severo, difícil seria encontrar situação em que se considerasse possível a fixação do outro mais brando. Calha, aliás, transcrever excerto da sentença no que

respeita ao regime:

“Havendo condenação por crime equiparado a hediondo (artigo 2º da Lei 8.072/90) **o regime inicial de cumprimento de pena é o FECHADO** (artigo 2º, § 1º da Lei 8.072/90). (grifado no original)

Portanto, embora conhecesse e tenha até mesmo citado o precedente firmado pelo Plenário do STF no HC 111.840 (relator Ministro Dias Toffoli, DJe 17/12/2013), o Douto Juízo sentenciante invocou a inconstitucional obrigatoriedade de regime mais grave, bem como lançou mão de argumentos genéricos como necessidade de retirada da pessoa do convívio social. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo utilizou-se da mesma fórmula, qual seja, a equiparação do crime com o hediondo. Já a Corte Superior entendeu que o regime inicial fechado teria justificativa pela natureza e pela quantidade da droga. Repisa-se: **7,2 gramas** de cocaína, quantidade que poderia até mesmo amoldar-se ao uso.

É flagrantemente desproporcional a colocação no sistema prisional brasileiro, em razão de conduta claramente privilegiada, de jovem primário, flagrado com poucos gramas de droga. Não se pode ignorar as condições do sistema carcerário com todas as suas enormes mazelas conhecidas e analisadas pelo STF em julgados recentes. A execução penal faz parte da dosimetria e a colocação no sistema de pessoa nas condições do agravante apenas se prestam a lançá-lo em local de extrema violência e exposição a grupos criminosos. Ao votar no HC 126292, julgado pelo Plenário da Suprema Corte, em que se discutiu a possibilidade da execução da pena após o encerramento do 2º grau de jurisdição, o Eminentíssimo Ministro Ricardo Lewandowski proferiu voto lapidar, do qual se transcreve, abaixo, trecho que pertine à discussão travada no presente RHC (HC 126292, Plenário, Relator Ministro Teori Zavascki, DJe 17/05/2016):

“Eu também, respeitosamente, queria manifestar a minha perplexidade desta guinada da Corte com relação a esta

decisão paradigmática, minha perplexidade diante do fato de ela ser tomada logo depois de nós termos assentado, na ADPF 347 e no RE 592.581, que o sistema penitenciário brasileiro está absolutamente falido. E mais, nós afirmamos, e essas são as palavras do eminente Relator naquele caso, que o sistema penitenciário brasileiro se encontra num estado de coisas inconstitucional. Então, agora, nós vamos facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante, que é o nosso sistema prisional? Ou seja, abrandando esse princípio maior da nossa Carta Magna, uma verdadeira cláusula pétrea. Então isto, com todo o respeito, data venia, me causa a maior estranheza.” (grifo nosso)

Embora tratando de aspectos distintos, em ambos os casos vislumbra-se que deve ser evitada a colocação de uma pessoa no sistema carcerário pátrio, abandonado e insalubre, a não ser que tal medida seja realmente indispensável. O entendimento expressado pelo Ministro Ricardo Lewandowski para afastar a obrigatoriedade de prisão em 2º grau amolda-se à perfeição, *mutatis mutandis*, ao caso sob análise, consideradas as circunstâncias totalmente favoráveis ao agravante. Na mesma linha estão os julgados cujas ementas seguem transcritas a seguir:

“Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO PELA PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PREVISTO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006, CUMULADO COM O ART. 29, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. ART. 33, § 3º, DO CP. PRECEDENTES. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA-GERAL DA UNIÃO

**SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MANIFESTO
CONSTRANGIMENTO ILEGAL. SUPERAÇÃO. ORDEM
CONCEDIDA. I - A não interposição de agravo regimental no
Superior Tribunal de Justiça e, portanto, a ausência da
análise da decisão monocrática pelo colegiado, impede o
conhecimento do habeas corpus por esta Suprema Corte.
Precedente. II - Na análise da medida liminar, verifiquei estar
diante de situação excepcional, apta a superar o referido
óbice processual, diante do evidente constrangimento ilegal
ao qual está submetido o paciente. Posteriormente, o STJ
negou provimento ao agravo regimental interposto contra a
decisão que não conheceu do HC 373.636/SP. III - O paciente
foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 33,
caput, da Lei 11.343/2006 (tráfico de drogas) combinado
com o art. 29, caput, do Código Penal (concurso de
pessoas), à pena de 5 anos de reclusão, em regime fechado,
e ao pagamento de 500 dias-multa. IV - A fixação do regime
fechado para o início do cumprimento da pena está em
desconformidade com a Súmula 719 desta Corte, uma vez
que as fundamentações adotadas pelos julgadores
limitaram-se a indicar as elementares do delito, revelando,
ademais, a respectiva opinião sobre a gravidade do crime. V
- O paciente é primário e o quantum da pena permite a
imposição de regime inicial mais brando. VI - Esta Suprema
Corte vem repelindo imposição do regime inicial fechado
quando a pena-base for imposta no mínimo legal.
Precedentes. VII - Impetração conhecida, concedendo-se a
ordem para assegurar ao paciente o direito de iniciar o
cumprimento da pena no regime inicial semiaberto.” (HC
140118, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI,
Segunda Turma, julgado em 13/06/2017, PROCESSO**

ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 31-01-2018 PUBLIC 01-02-2018) (grifo nosso)

“Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO PELA PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PREVISTO NO ART. 33, § 1º, I, DA LEI 11.343/2006. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA -BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. I - O paciente foi condenado pela prática do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, § 1º, I, da Lei 11.343/2006, à pena de 5 anos de reclusão, em regime fechado, e 500 dias-multa. II - A fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena está em desconformidade com a Súmula 719 desta Corte, uma vez que a fundamentação adotada pelos julgadores limitaram-se a indicar as elementares do delito, revelando, ademais, a respectiva opinião sobre a gravidade do crime. III – O paciente é primário e o quantum da pena permite a imposição de regime inicial mais brando. IV – Esta Suprema Corte vem repelindo imposição do regime inicial fechado quando a pena-base for imposta no mínimo legal. Precedentes. V - Ordem concedida, para assegurar ao paciente o direito de iniciar o cumprimento da pena no regime inicial semiaberto.” (HC 138334, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 06/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-139 DIVULG 23-06-2017 PUBLIC 26-06-2017) (grifo nosso)

“Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL.

TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO À 4 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. SANÇÃO MAIS GRAVOSA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INADMISSIBILIDADE. SÚMULAS 718 E 719 DO STF. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS AO PACIENTE. ANÁLISE DA NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. REEXAME DE PROVAS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VEDAÇÃO DE REEXAME DE PROVAS EM RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 7 DO STJ. RÉU PRIMÁRIO. CONDIÇÕES FAVORÁVEIS. APLICAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. ORDEM CONCEDIDA. I – O condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 anos e não exceda a 8 anos tem o direito de cumprir a pena corporal em regime semiaberto (art. 33, § 2º, b, do CP), caso as circunstâncias judiciais do art. 59 lhe forem favoráveis. II – A imposição de regime de cumprimento de pena mais gravoso deve ser fundamentada, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima (art. 33, § 3º, do CP). III – Não é dado ao STJ revolver fatos e provas para, analisando a quantidade e a qualidade de droga, impor ao réu regime prisional mais gravoso. IV – Ordem concedida para fixar o regime semiaberto para o desconto da pena de reclusão.” (HC 140441, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 28/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-096 DIVULG 08-05-2017 PUBLIC 09-05-2017) (grifo nosso)

em análise indica que uma conduta absolutamente normal ao tráfico de drogas foi exacerbada para se impor regime fechado de pena, sem substituição, já que afastada a minorante, a pessoa menor de 21 anos, primária, portando reduzida quantidade de droga. Assim, deve ser provido o agravo interno e, ao final o recurso ordinário, com a concessão da ordem em favor do paciente.

4. CONCLUSÃO. PEDIDO

Ante o exposto, requer seja dado provimento ao presente agravo, exercendo-se o juízo de retratação por Vossa Excelência, com o prosseguimento do feito, e o provimento do RHC quando de seu julgamento de mérito.

Caso superado o juízo de retratação, seja o mesmo levado à Turma, em destaque e em julgamento presencial, para que esta lhe dê provimento, e, ao final, conceda a ordem, sanando-se a ilegalidade.

Pugna, ainda, caso exercida a reconsideração, o que se espera que ocorra, pela intimação pessoal da Defensoria Pública-Geral da União para a sessão de julgamento do *writ*.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Brasília, 1º de agosto de 2018.

Gustavo de Almeida Ribeiro
Defensor Público Federal