

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 149.139 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
RECTE.(S) : IGOR DA SILVA CARDOZO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto pela Defensoria Pública da União - DPU em favor de Igor da Silva Cardozo (págs. 81-88 do documento eletrônico 3), contra decisão dos Ministros integrantes da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça que não conheceram do HC 392.489/SP (págs. 60-75 do documento eletrônico 3).

Consta do *decisum* combatido que o paciente foi “[...] condenado pela prática da conduta prevista no art. 33, *caput* [tráfico], da Lei n. 11.343/2006, às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais 500 (quinhentos) dias-multa, sendo-lhes permitido o direito de recorrer em liberdade” (pág. 62 do documento eletrônico 3).

A recorrente alega, em síntese, que,

“[em] se tratando de réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa, aplica-se a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

No caso concreto, o réu possui todas essas circunstâncias. Isto é, o réu é primário (não possui condenação criminal anterior transitada em julgado); possui bons antecedentes (não possui sequer inquérito policial anterior ao fato); não se dedica às atividades criminosas; nem integra qualquer organização criminosa.

Portanto, é imperiosa a necessidade de se consagrar tal minorante no cálculo dosimétrico de sua pena, reconhecendo, pois, a figura criminosa na modalidade privilegiada.

O fundamento do Tribunal para afastar a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/200 foi de que o

paciente supostamente se dedicaria intensamente à prática de crimes.

Contudo, tal argumento não merece prosperar.

A rigor, o Tribunal levou em consideração a notícia presente nos autos de que o paciente é conhecido por disseminar o tráfico nos bairros vizinhos à apreensão. Desta forma, considerar tais fatos, para afastar a aplicação da referida minorante, configura clara violação ao Princípio da Presunção de Inocência, garantido pelo texto constitucional.

No máximo, tal fator poderia ser levado em consideração para quantificar o privilégio, não para afastar a modalidade privilegiada completamente, conforme a própria jurisprudência deste Tribunal.

Outro ponto a salientar, é que a mera quantidade de drogas não é elemento previsto no texto legal como óbice à incidência da causa de diminuição, se atendidos os demais requisitos. Destarte, o *quantum* de drogas, por si só, não tem o poder de anular todas as características previstas no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

Tal dispositivo, prevê também que, somente a participação em organização criminosa afasta a figura privilegiada. No caso concreto, o réu não faz parte de nenhuma organização criminosa. Diante disso, a figura privilegiada deve prevalecer” (págs. 83 e 86 do documento eletrônico 3).

Ao final, requer:

“Conceda a medida cautelar pleiteada, vez que presente os requisitos para tanto; A concessão da ordem de *habeas corpus*, reconhecendo-se a ilegalidade tópica do acórdão prolatado pelo STJ e concedendo ao paciente a aplicação da minorante pleiteada, sendo a pena do tráfico reduzida em 2/3 e, após, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos;

Subsidiariamente, caso não seja conhecido o *habeas corpus*, seja a ordem concedida de ofício, diante da manifesta

ilegalidade (CRFB/88, art. 5.º, LXVIII);

Por derradeiro, a intimação pessoal do Defensor Público-Geral Federal para acompanhar o presente feito, inclusive quando da colocação do presente *writ* em mesa de julgamento, vez que há interesse do impetrante em sustentar oralmente as razões que dão lastro à impetração; contados em dobro todos os prazos, na forma do inciso I do art. 44 da Lei Complementar nº 80/1994” (págs. 87-88 do documento eletrônico 3).

O Ministério Público Federal apresentou contrarrazões (págs. 99-104 do documento eletrônico 1).

A vista à Procuradora-Geral da República foi dispensada, nos termos do parágrafo único do art. 52 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

É o relatório necessário. Decido.

Anoto, de início, que o art. 192, *caput*, c/c art. 312 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal faculta ao Relator do recurso ordinário em *habeas corpus*, denegar ou conceder a ordem, monocraticamente, ainda que de ofício, quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada neste Supremo Tribunal. Nesse sentido, indico os seguintes precedentes: RHC 138.843/MG, Rel. Min. Dias Toffoli; RHC 138.939/BA, Min. Roberto Barroso; RHC 136.727/SP, Rel. Min. Edson Fachin; RHC 135.985/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes; e RHC 135.824/SP, de minha relatoria; entre outros.

Quanto ao mérito, consigno que a orientação jurisprudencial desta Suprema Corte é firme no sentido de ser inadequada a via do *habeas corpus* para reexaminar fatos e provas no tocante à participação do paciente em organização criminosa ou à valoração da quantidade da droga apreendida, quando utilizados como fundamento para afastar ou dosar, alguém do patamar máximo, a causa de diminuição da pena pelo

tráfico privilegiado, prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Na esteira desse entendimento, traslado a ementa do seguinte julgado:

“*HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. AFASTAMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADEQUAÇÃO NA VIA DO *HABEAS CORPUS*. ORDEM DENEGADA. I - No crime de tráfico de drogas, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. II - No presente caso, o Tribunal de origem afastou a causa de diminuição da pena por tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006), utilizando como fundamento a quantidade de droga apreendida (8 kg de maconha) e a comprovação da participação em organização criminosa. III - A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é no sentido de que é inadequado, na via do *habeas corpus*, reexaminar fatos e provas no tocante à participação do paciente em organização criminosa ou à valoração da quantidade da droga apreendida, quando utilizados como fundamento para afastar ou dosar, aquém do patamar máximo, a causa de diminuição da pena pelo tráfico privilegiado, prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. IV - Ordem denegada” (HC 133.982/MS, de minha relatoria, Segunda Turma, 13/2/2017).

Ademais, consigno que o § 2º do art. 33 do Código Penal é claro ao dispor que constitui faculdade, e não obrigação, sujeita ao prudente arbítrio do magistrado, fixar um regime mais brando para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, sopesadas as peculiaridades de cada caso.

Além disso, o § 3º do art. 33 do mesmo diploma, determina ao juiz sentenciante que, assim como no procedimento de fixação da pena, observe os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal no momento da definição do regime inicial de cumprimento da reprimenda.

Por fim, anote-se o teor da Súmula 719 desta Suprema Corte: “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”.

Feitos esses registros, transcrevo agora, por oportuno, o inteiro teor do voto proferido pelo Ministro Felix Fischer, Relator do HC 392.489/SP na Quinta Turma do STJ, *verbis*:

“[...]

Conforme relatado, busca-se da presente impetração a aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, com a consequente fixação de regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Inicialmente, cumpre asseverar que a via do *writ* somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, ‘o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de *habeas corpus*, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita’ (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves, DJU de 11/4/2005).

Para melhor delimitar a controvérsia, destaco os seguintes excertos do v. acórdão impugnado, no que interessa à espécie:

‘Registra-se que é impraticável a aplicação da causa de redução de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, no presente caso, posto que, o réu foi detido em poder de nada menos que trinta porções de cocaína, droga

esta com especial potencialidade lesiva, individualmente embaladas e prontas para serem entregues aos consumidores da cidade. Ora tamanha quantidade representa um perigo maior a saúde pública, atingindo incontáveis usuários. Além de apresentarem um alto risco à saúde pública com a colocação de tamanha quantidade de narcóticos na rua. Ademais, observa-se que o ora acusado já foi detido por infração penal equivalente ao crime de tráfico de drogas, quando adolescente (fls. 96), o que demonstra possuir uma personalidade voltada à prática de crimes desta natureza, necessitando de uma repreensão mais rigorosa, não fazendo, assim, jus ao benefício' (fls. 369-370).

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 total de 21,98 gramas.

Além disso, presente nos autos a notícia de que o paciente é conhecido por disseminar o tráfico nos bairros vizinhos à apreensão, segundo bem anotado pelo MM. Juiz sentenciante à fl. 271. Logo, todos estes elementos estão aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Ademais, rever o entendimento das instâncias ordinárias para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do *mandamus*. Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior: [...].

No que tange ao regime inicial de cumprimento de pena, verifica-se, no caso, que a quantidade e a natureza do entorpecente foi considerada na terceira fase da dosimetria da pena para afastar a incidência da redutora do tráfico privilegiado. Desse modo, sendo tal circunstância desfavorável, impede a fixação do regime diverso do fechado, nos termos do

art. 33, § 2º, alínea **b**, e § 3º, do Código Penal, e do art. 42 da Lei n. 11.343/06, apesar de ser o paciente primário e a pena-base ter sido fixada no mínimo legal.

Neste sentido os seguintes precedentes: [...].

Por fim, mantida a pena cominada ao paciente em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, resta prejudicado o pedido de substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, pois não preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 44 do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço do *writ* (págs. 66-75 do documento eletrônico 3).

Com efeito, os Ministros integrantes da Quinta Turma do STJ justificaram o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 utilizando-se como fundamentos a quantidade de droga apreendida e a reiteração delitiva do paciente.

Dissentir dessa decisão, como visto, demandaria o reexame de fatos e provas, o que, como visto, é inviável em sede de *habeas corpus*.

Além disso, é possível verificar que a indigitada autoridade coatora, ao apreciar as condições subjetivas desfavoráveis ao ora paciente, estabeleceu o regime prisional mais severo, em razão dos elementos concretos e individualizados, que entendeu aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do art. 33, § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

Portanto, no caso concreto, a fixação do regime fechado, para o início do cumprimento da pena imposta ao ora paciente, harmoniza-se com a Súmula 719 desta Suprema Corte.

Isso posto, nego provimento a este recurso ordinário (art. 192, caput, c/c art. 312 do RISTF). Prejudicado o exame do pleito cautelar.

RHC 149139 / SP

Publique-se.

Brasília, 7 de junho de 2018.

Ministro **Ricardo Lewandowski**

Relator