



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 791823 - SP (2022/0397735-9)

RELATOR : **MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)**
IMPETRANTE : MAURO ATUI NETO
ADVOGADOS : MAURO ATUI NETO - SP266971
LARISSA ROMANO FERREIRA DA ROCHA - SP473367
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANIEL ISABEL VIEIRA SOUTO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado contra acórdão assim relatado (fls. 15-17):

Vistos.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelos advogados Mauro Atui Neto e Larissa Romano Ferreira da Rocha, em favor Daniel Isael Vieira Souto, objetivando a redução das penas.

Relatam os impetrantes que o paciente foi condenado como incurso no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, à pena de 03 (três) anos, 08 (oito) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 373 (trezentos e setenta e três) dias-multa, no mínimo legal.

Informam que o MM Juízo exasperou a pena-base em 2/10 (dois décimos) “da diferença entre o mínimo e o máximo abstratamente cominado ao delito, em razão da quantidade e natureza da droga apreendida” (sic), na segunda fase da dosimetria, por conta das atenuantes da menoridade relativa e da confissão, reduziu a sanção 1/5 (um quinto) e, por fim, no terceiro momento da dosimetria reconheceu que o paciente faz jus ao redutor do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 e diminuiu a reprimenda em 1/3 (um terço).

Alegam que, de acordo com os critérios utilizados pelo d. Magistrado, a pena-base restou fixada em 07 (sete) anos, o que se mostra desproporcional, uma vez que há apenas uma circunstância judicial desfavorável, salientando que, nessas situações, a fração usual varia de 1/8 (um oitavo) “sobre os intervalos entre as penas mínimas e máximas” (sic) ou 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal.

Argumentam que, na segunda etapa da dosimetria, levando-se em conta a existência de duas atenuantes (confissão e menoridade relativa), a sanção deve ser reduzida em 2/6 (dois sextos), porquanto o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que “seja aplicado o índice de 1/6 para agravantes e atenuantes, em atenção ao princípio da proporcionalidade, salvo se houver motivação concreta e expressa que justifique a adoção de fração diversa” (sic), o que não ocorreu no caso em comento.

Afirmam que a fundamentação, na terceira fase da dosimetria, é inidônea, tendo em vista que o d. Magistrado reconheceu que Daniel preenche as condições para obtenção da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, mas aplicou

somente a fração de 1/3 (um terço) do referido redutor sem apontar os elementos concretos que justificaram a diminuição aquém do máximo legal.

Deste modo, requerem, liminarmente, a concessão da ordem, “para que seja redimensionada a pena imposta ao Paciente, utilizando a fração de 2/6 na primeira fase da dosimetria da pena e 2/6 na segunda fase da dosimetria da pena, conforme entendimento desta Corte Superior, bem como o aumento da fração redutora para 2/3 presente no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas” (sic).

Indeferida a liminar (fls. 36/39), foram prestadas as informações pela autoridade indicada coatora (fls. 42/43) e a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo não conhecimento da impetração (fls. 46/48).

É o relatório.

Extrai-se da impetração que o paciente foi condenado à pena de 3 anos, 8 meses e 24 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 373 dias-multa, nos termos do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

Em síntese, a defesa insurge-se contra a dosimetria da pena em suas três fases, entendendo que as frações de aumento e diminuição foram inadequadas.

Liminarmente e no mérito, busca o ajuste da pena, "utilizando a fração de 2/6 na primeira fase da dosimetria da pena e 2/6 na segunda fase da dosimetria da pena, conforme entendimento desta Corte Superior, bem como o aumento da fração redutora para 2/3 presente no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas" (fl. 12).

Indeferida a liminar e prestadas as informações, o Ministério Público Federal se manifestou pela concessão da ordem.

A respeito da dosimetria da pena, assim constou na sentença condenatória (fls. 25-27):

2.2.1 Dosimetria da pena

Na primeira fase da dosimetria a culpabilidade mostra-se normal e inerente ao delito; não constam antecedentes; não há informações sobre a conduta social ou sobre a personalidade do réu; os motivos são inerentes ao delito, assim como as circunstâncias e as consequências. Não se observa, por fim, qualquer contribuição do comportamento da vítima.

No caso de tráfico de drogas, deverá ser considerado com preponderância sobre o previsto no art. 59, do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente (art. 42, da Lei de Drogas).

Quanto à natureza, observa-se ter sido apreendida cocaína e maconha. Dois tipos de droga apreendidos já revelam a maior reprovabilidade quanto a essa circunstância, em razão do maior potencial viciante da cocaína.

Em relação à quantidade, foram apreendidos 39 porções de “cocaína” acondicionadas em pinos plásticos de cor rosa, com massa bruta total de 33,10 gramas; 1 porção de “Cannabis Sativa L”, vulgarmente conhecida como “maconha”, acondicionada em material plástico transparente com massa bruta total de 18,98 gramas. O montante já se mostra suficiente para ensejar maior reprovação, de modo que a circunstância deve ser considerada negativa.

Em relação ao quantum do aumento nesta fase da dosimetria prevalece na jurisprudência, em razão da ausência de previsão específica na legislação, competir ao magistrado sopesar as especificidades do caso concreto e atribuir o devido valor a cada uma das circunstâncias judiciais.

[...]

Em reflexão sobre a forma de atribuição do quantum atinente a cada circunstância judicial, este magistrado entende, em aperfeiçoamento a posicionamentos anteriores, que a majoração da pena nesta fase da dosimetria em um percentual fixo (1/6 ou 1/8) sobre a pena mínima abstrata prevista na legislação ignora por completo a previsão legislativa acerca do limite máximo da reprimenda estabelecido, tratando de forma igual crimes com gravidade distintas, o que, em última análise, viola o princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF).

Isso porque a individualização da pena apresenta-se em três momentos distintos: o legislativo (cominação abstrata da pena), com a fixação dos limites mínimo e máximo da pena; o judicial, com o estabelecimento da pena in concreto; e no momento da execução da pena, quando tem influência o comportamento individual do apenado para a concessão dos benefícios previstos na legislação.

A fase legislativa, de cominação abstrata da pena, representa a reprovabilidade do corpo social em relação à conduta tornada crime. Assim, no momento da aplicação, ignorar que crimes com a mesma pena base podem ostentar penas máximas distintas corresponde a sobrepor-se à reprovação da conduta externada pela sociedade por intermédio dos legisladores.

Desse modo, por serem 10 as circunstâncias constantes no caput do art. 59, do CP, somadas, entende-se que o quantum a ser atribuído a cada uma delas é de, no mínimo, de 1/10 entre a diferença da pena mínima e máxima fixada para o delito. Contudo, forte na jurisprudência, as especificidades do caso autorizam ao magistrado a atribuir maior relevância a uma ou outra circunstância, desde que devidamente fundamentado.

Considerando que no presente caso reconheceram-se duas circunstâncias como negativas (a quantidade da substância), acresço ao piso 2/10 da diferença entre o mínimo e o máximo abstratamente cominado ao delito e fixo a pena base em 7 anos de reclusão e 700 dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria, não há agravantes. Estão presentes as atenuantes da confissão (art. 65, III, “d”, do CP) e da menoridade (art. 65, I, do CP), razão pela qual atenuo a pena 1/5, tornando a pena provisória em 5 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão e 560 dias-multa.

Por fim, na terceira fase, considerando a primariedade do réu, a ausência de maus antecedentes e ao fato de não integrar organização criminosa, aplico a causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06. Diminuo a pena em 1/3, entretanto, pois está demonstrado que o réu fazia do tráfico seu meio de vida (inclusive já foi processado e condenado por tráfico por fato posterior, com acórdão confirmatório, como ressaltou o Ministério Público) e, segundo o relatório de fls. 86-88, tinha posição de proeminência na traficância. Portanto, torno definitiva a pena em 3 anos, 8 meses e 24 dias de reclusão e 373 dias-multa.

2.2.2 Regime inicial de cumprimento da pena

Quanto à fixação do regime inicial de cumprimento de pena, necessário esclarecer que o réu foi condenado pelo delito de tráfico de drogas, o qual é equiparado ao hediondo e, por força do art. 2º, §1º, da Lei nº. 8.072/90, o regime inicial de cumprimento de pena deve ser o fechado.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da determinação por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES, em 27/06/2012. Assim sendo, não há vedação à fixação de regime inicial diverso do fechado, mesmo a condenados por tráfico de drogas, consoante o entendimento do STF, por força da necessária individualização da pena, que implica na necessidade de se observarem as circunstâncias do caso concreto e de cada condenado.

Nos termos do art. 59, III, do Código Penal, considerando o requisito objetivo (a quantidade de pena fixada em 3 anos, 8 meses e 24 dias de reclusão e 373 dias-multa), o fato de o réu não ser reincidente e tendo em vista as circunstâncias judiciais (art. 33, §3º, do CP) e a natureza e quantidade de drogas aqui consideradas negativas (art. 42, da Lei de Drogas), a pena deverá ser cumprida em regime inicialmente semi-aberto.

Por sua vez, assim constou do acórdão recorrido (fls. 17-18):

O presente writ não pode ser conhecido.

Isso porque, a análise da questão alegada na petição inicial, sobre o redimensionamento das penas, mediante a diminuição da exasperação da pena-base, redução de 2/6 (dois sextos) na segunda etapa da dosimetria, em razão da presença de duas atenuantes, e a incidência da fração máxima do redutor do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, só tem cabência em sede de apelação, pois, como é cediço na jurisprudência, o habeas corpus não é o meio idôneo para examinar pleito com necessidade de exame aprofundado, como os levantados pelos impetrantes.

Contudo, cumpre consignar que, no caso sob exame como visto, a r. sentença condenatória transitou em julgado, pelo que revê-la, em habeas corpus, implicaria ofensa à coisa julgada.

Assim, não há como conhecer deste pleito em sede de habeas corpus, de angustos lindes. Ante o exposto, não se conhece da impetração.

Como se vê, constata-se que a matéria versada no presente *writ* não foi objeto de exame pelo Tribunal local, tendo em vista a existência de recurso hábil, qual seja a apelação, fato que impede a análise do pedido por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

Todavia, na hipótese, não se pode subtrair do Tribunal Estadual a verificação quanto à existência de ilegalidade flagrante, caso em que deverá conceder *habeas corpus* de ofício. Na espécie, constata-se do acórdão impugnado que a Corte de origem não examinou a matéria essencial do *mandamus*, configurando constrangimento ilegal diante da negativa de prestação jurisdicional, conforme jurisprudência desta Corte:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. EXCESSO DE PRAZO NA APRECIÇÃO DO PEDIDO DE PROGRESSÃO DE REGIME PELA VARA DE EXECUÇÃO. TESE NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EVIDENCIADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO.

[...]

III - In casu, a tese de excesso de prazo para apreciação do pleito de progressão de regime não foi sequer analisada pelo Tribunal a quo, o que impede esta Corte Superior apreciá-la, diretamente, sob pena de indevida supressão de instância. Contudo, noto que a não manifestação do eg. Tribunal a quo configurou indevida negativa de prestação jurisdicional. (Precedentes). [...]

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, tão somente, para determinar que a Vara de Execuções Penais aprecie o pedido de progressão de regime, como entender de direito. (HC 334.762/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 4/2/2016, DJe 26/2/2016).

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME AMBIENTAL. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA. ATIPICIDADE DA CONDUTA IMPUTADA AO RECORRENTE. ILEGALIDADE DE UMA DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS NA PROPOSTA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. IMPETRAÇÃO DE MANDAMUS NO TRIBUNAL A QUO. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS PELA

CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELA PARTE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

2. Da leitura do acórdão objurgado, observa-se que em momento algum tais questões foram enfrentadas pela Corte de origem, que mesmo depois da oposição de embargos de declaração pela defesa deixou de analisar os temas, o que evidencia a negativa de prestação jurisdicional, ensejando constrangimento ilegal passível de ser remediado com a concessão da ordem de habeas corpus, ainda que de ofício. Precedente.

[...]

4. Recurso não conhecido. Habeas corpus concedido de ofício para determinar a baixa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para que aprecie o mérito do mandamus lá impetrado. (RHC 55.949/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 7/5/2015, DJe 20/5/2015).

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para determinar que o Tribunal de origem aprecie o mérito do *habeas corpus* originário, como entender de direito.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 15 de fevereiro de 2023.

Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT)

Relator