HABEAS CORPUS Nº 489.480 - SP (2019/0012075-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO PRISCILA DOMICIANO DA SILVA - SP222366
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	LUCAS RAFAEL CORREIA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar, impetrado em favor de LUCAS RAFAEL CORREIA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu provimento ao recurso do *Parquet*, para afastar a minorante do tráfico, elevando-se a pena do paciente para 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, determinando a expedição de mandado de prisão.

Dos elementos que instruem os autos, verifica-se que o paciente foi denunciado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, porque mantinha em depósito, para a comercialização a terceiros, a quantidade de ***"78,59g (setenta e oito gramas e cinquenta e nove centigramas) da substância entorpecente Cannabis Sativa L, popularmente conhecida como maconha, repartidos em 53 (cinqüenta e três) porções"*** (e-STJ fl. 31)

Após o encerramento da instrução criminal, a ação penal foi julgada procedente para condenar o paciente pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, e § 4º da Lei nº 11.343/06, às penas de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, mais o pagamento de 166 dias-multa, substituída a reprimenda corporal por duas restritivas de direito, consistentes em prestação pecuniária e de serviços à comunidade, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade.

Irresignado, o Ministério Público estadual interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que deu provimento ao recurso do *Parquet*, para afastar a minorante do tráfico, elevando-se a pena do paciente para 5 (cinco) anos e reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, vedando-lhe o apelo em liberdade.

Neste *writ*, a impetrante busca cessar o constrangimento ilegal ocorrido com o afastamento da minorante do tráfico prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, visto que entende que o paciente preenche os requisitos legais.

Defende, ainda, a fixação do regime inicial aberto ou semiaberto, pois o apenado é primário, com bons antecedentes e a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, aduzindo, ainda, o cabimento da substituição da pena privativa por restritiva de direitos.

Requer a concessão da ordem, para que seja aplicado o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, fixado o regime inicial aberto ou semiaberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Distribuído o feito no período de férias forenses, a liminar foi indeferida pelo Exmo. Sr. Ministro João Otávio de Noronha, no exercício da Presidência desta Corte (e-STJ fls. 40-41).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* e, se

conhecido, *"pela concessão parcial da ordem, apenas para fixar o regime inicial semiaberto"* (e-STJ fls. 59-64).

É o relatório.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

A propósito:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
> ***- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.***
> *- Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente. […]*
> *- Habeas corpus não conhecido.*
> (HC 406.549/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 11/10/2017)

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Pretende a defesa a aplicação da minorante do tráfico, a fixação do regime inicial aberto ou semiaberto e a substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos.

Quanto à almejada incidência do redutor do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, sabe-se que o referido dispositivo legal dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.

Verifica-se que o Tribunal *a quo* entendeu indevida a benesse, sob o seguinte fundamento:

> *Aqui, o Ministério Público requer o afastamento do redutor, sendo que sua irresignação merece prosperar.*
> ***Isso porque não estão presentes as condições para a concessão do benefício.***

Sabe-se que para que o Magistrado deixe de aplicar a minorante, é necessário que demonstre que existem nos autos provas que possam afastar ao menos um dos seguintes critérios, que são cumulativos: primariedade; bons antecedentes; não dedicação a atividades criminosas; e não integração à organização criminosa.

In casu, o Juízo monocrático ateve-se somente a três requisitos. *Senão vejamos.*

Apesar de o acusado ser primário e não haver notícias de que integre organização criminosa, ***o fato é que se dedicava a atividades criminosas, tendo como "profissão" a venda de entorpecentes.***

De início, destaco que o réu não comprovou ocupação lícita.

Além disso, como bem destacado pelo ilustre membro ministerial nas razões recursais de fls. 215/238, ***em que pese LUCAS ser primário, já havia sido preso em flagrante delito antes dos presentes fatos, também pelo comércio espúrio, conforme se nota da análise de sua folha de antecedentes de fls. 139/140 (processo n°. 0000652-25.2016.8.26.0594), ressaltando-se que estava em liberdade há sessenta dias quando foi preso novamente pela mesma prática.***

[...]

Não se ignora que inquéritos e ações penais em curso não podem ser valoradas como maus antecedentes na primeira fase da dosimetria da pena, nos termos da Súmula 444 do C. STJ.

Contudo, neste caso, não se trata de utilizar inquéritos ou ações penais para agravar a situação do réu condenado por tráfico de drogas, mas como forma de afastar um benefício legal, desde que existentes elementos concretos para concluir que ele se dedique a atividades criminosas.

A dedicação à atividade criminosa ficou evidenciada, ainda, pela quantidade de porções apreendidas no local, que não pode ser considerada pequena, bem como pela balança de precisão encontrada em sua residência, instrumento este utilizado no preparo e embalo de entorpecente.

Evidente que mantinha sua vida com o dinheiro arrecadado com a mercancia das drogas.

Diante da incompatibilidade dos requisitos para a aplicação do redutor com as circunstâncias acima expostas, impossível sua incidência, já que a benesse, realmente, não deve ser aplicada de modo desmedido, prestigiando quem efetivamente mereça a redução da pena" (e-STJ fls. 25-28).

No caso dos autos, a Corte *a quo* concluiu que o paciente estaria envolvido em atividades criminosas, mormente em razão da ***"quantidade de porções apreendidas no local [...], bem como pela balança de precisão encontrada em sua residência"*** (e-STJ fl. 28), e afastou a causa especial de diminuição de pena, haja vista o não preenchimento dos requisitos legais.

Desta forma, não se pode dizer que o Tribunal de origem incidiu em constrangimento ilegal, pois, entendendo que o paciente não satisfazia as exigências para a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, fundamentadamente rechaçou a sua incidência *in casu.*

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME FECHADO.*
> *POSSIBILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.*
> *[…]*
> ***2. A instância ordinária afastou a incidência da causa especial de redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em face das circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem a dedicação do réu em atividade criminosa. A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.***
> *3. O STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do Código Penal - CP.*
> *In casu, a quantidade, variedade e natureza da droga apreendida - 73 pedras de crack e 17 porções de cocaína - justificam a fixação do regime prisional mais gravoso. Precedentes.*
> *4. Considerando a pena aplicada, no patamar superior a 4 anos, inviável a aplicação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ante o não preenchimento dos requisitos do art. 44, I, do CP.*
> *Habeas corpus não conhecido. (HC 316.464/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 29/06/2018)*
>
> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. INVIABILIDADE DE INCIDÊNCIA*

DO REDUTOR. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[…]

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quando as circunstâncias do delito permitem aferir que o agente se dedica a atividades criminosas.

3. No caso, extrai-se que o Tribunal a quo formou sua convicção com base nos elementos fáticos constantes dos autos para não aplicar a redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que o paciente se dedicava ao tráfico de forma habitual. Assim, desconstituir tais assertivas demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do habeas corpus.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

5. O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

6. No caso, sendo a pena superior a 4 anos, a quantidade das drogas apreendidas justifica a fixação do regime fechado.

7. Não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o quantum da pena supera o limite previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

8. Habeas corpus não conhecido. (HC 448.346/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 20/06/2018)

Dessa forma, tendo em vista a ***"quantidade de porções apreendidas no local [...], bem como pela balança de precisão encontrada em sua residência, instrumento este utilizado no preparo e embalo de entorpecente"*** (e-STJ, fl. 128), deve ser mantido o afastamento do redutor.

Em relação ao regime inicialmente escolhido para o resgate da reprimenda, cumpre salientar que a jurisprudência dos Tribunais Superiores é uníssona no sentido de considerar ilegal a fixação do regime prisional fechado apenas em razão da natureza hedionda do delito praticado pelo réu, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, pelo Supremo Tribunal Federal, norma que ofende o princípio da individualização da pena.

Portanto, mesmo nas condenações pela prática de delitos hediondos ou a estes equiparados, o magistrado deverá se pautar pelos parâmetros estabelecidos no artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, para a definição do regime prisional no qual o réu irá iniciar o cumprimento da reprimenda que lhe foi imposta.

Ademais, não se admite a imposição de regime mais gravoso do que o previsto para o *quantum* de pena aplicada apenas em razão da gravidade abstrata do delito, conforme entendimento consolidado no enunciado n. 718 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

A propósito:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADO ÀS PENAS DE 2 ANOS E 11 MESES DE RECLUSÃO E MULTA. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. PENA INFERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
> *(...)*
> *- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.*
> *- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719 do STF.*
> *(...)*
> *- Embora o quantum de pena fixado seja inferior a 4 anos, a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Precedentes.*
> *- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.*
> *(HC 328.431/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 11/03/2016)*

Na hipótese, a imposição do regime inicialmente fechado e a impossibilidade de substituição da pena privativa por restritiva, ao contrário do que sustenta a parte impetrante, foram devidamente motivadas, tendo o Tribunal recorrido, asseverado que **o réu já havia sido condenado por tráfico de drogas e estava em liberdade há sessenta dias quando foi preso novamente pela mesma prática, *"com considerável quantidade de entorpecentes"* (e-STJ fl. 26-28)**, fundamentos que indicam que o regime fechado mostra-se o mais adequado para a prevenção e repressão do delito denunciado no caso concreto, na trilha do entendimento deste Sodalício:

> *Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a natureza, a variedade e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a fixação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em patamar inferior ao máximo legal,*

> *constituindo, outrossim, justificativa para a imposição do regime mais severo e para o indeferimento da substituição das penas. Precedentes.*
> *(HC 337.305/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA* TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 25/05/2016).

Por fim, quanto à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não há falar em constrangimento ilegal a ser sanado através da via eleita, pois a pena restou estabelecida definitivamente em patamar superior a 4 (quatro) anos, pelo que inviável a permuta, visto que não preenchido o requisito objetivo exigido pelo art. 44 do Código Penal.

Nesse norte, os seguintes precedentes, deste Superior Tribunal de Justiça:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS E MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. MAUS ANTECEDENTES. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. 5 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. QUANTUM SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
> *[...]*
> *- Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto o patamar da pena supera o limite previsto no art. 44, inciso I do Código Penal.*
> *- Habeas corpus não conhecido. (HC 370.375/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 27/10/2016)*

> *HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DE DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. 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. PACIENTE QUE INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO*

CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO.
[...]
4. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final do paciente alcançado 6 anos, 6 meses e 22 dias de reclusão, não é possível a pretendida substituição.
5. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, com base em elemento concreto dos autos, a saber, a quantidade da droga apreendida - 79 kg de maconha (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006) -, não há constrangimento ilegal a ser sanado.
6. Habeas corpus não conhecido. (HC 371.849/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 21/10/2016)

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, com fundamento no artigo 34, inciso XX, do RISTJ, **não se conhece do *habeas corpus*.**

Após o trânsito em julgado, remetam-se os autos ao arquivo.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator