HABEAS CORPUS Nº 488.851 - SP (2019/0007581-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO WESLEY SANCHES PINHO - SP331671
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	JUNIOR MOLINA ALVES (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de **JUNIOR MOLINA ALVES**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Criminal n. 0013646-18.2016.8.26.0196.

O paciente foi condenado como incurso nos arts. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 e 12 da Lei n. 10.826/2003, às penas de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e de 1 ano de detenção, em regime semiaberto.

Inconformada, a defesa apelou à Corte estadual, que acolheu em parte o recurso, apenas, para reduzir a pena-base do crime de tráfico de drogas para o mínimo legal, sem contudo alterar a pena final, e modificou o regime inicial de cumprimento da pena para o semiaberto, conforme ementa a seguir transcrita:

> "POSSE ILEGAL DE ARMA - PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO, POR ATIPICIDADE DE CONDUTA (AUSÊNCIA DE DANO) - NÃO ACOLHIMENTO. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL - NECESSIDADE. TRÁFICO DE DROGAS - PRETENDIA A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS - NÃO ACOLHIMENTO - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - INVIÁVEL A APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ARTIGO 33, DA LEI Nº 11.343/06 - REGIME INICIAL FECHADO ADEQUADAMENTE ESTABELECIDO - INADMISSÍVEL A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - REDUÇÃO DA PENA-BASE, SEM REPERCUSSÃO NA PENA FINAL - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO." (e-STJ, fl. 337.)

A impetrante alega, em suma, que o paciente tem direito à aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no máximo legal, uma vez que preenchidos os requisitos legais.

Destaca que "ao contrário do que sustentou o tribunal coator, a quantidade de droga (0,882 g de cocaína e 118,30g de maconha) apreendida com o paciente é pequena, mormente se comparada às grandes apreensões realizadas cotidianamente pela polícia."

Requer, assim, a readequação da pena com o consequente abrandamento do regime prisional e a concessão da permuta legal.

O pedido de liminar foi indeferido (e-STJ, fl. 366-367).

O Ministério Público manifestou-se pela não concessão da ordem de

habeas corpus.

É o relatório.

Decido.

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Na sentença, o tráfico privilegiado foi afastado em decisão assim motivada:

> "Não incide a causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Leio n.º 11.343/06, diante da quantidade de droga apreendida (119,189g), a indicar não apenas a habitualidade, como também que o réu se dedica habitualmente ao tráfico. nessa linha, registro que o causado é desempregado e não tem como se manter sem o tráfico de drogas, fato que evidencia ainda mais a habitualidade." (e-STJ, fl. 245-249.)

O Colegiado de origem deu parcial provimento ao apelo defensivo tão somente para fixar regime prisional semiaberto, permanecendo a pena inalterada.

Confira-se:

> "A certeza quanto à finalidade mercantil evidencia-se pelo fato do apelante ter sido preso com considerável quantidade de droga (0,882 g de cocaína e 118,307 g de maconha) e pelas circunstâncias de prisão, em que os agentes da segurança obtiveram informações dos vizinhos no sentido de que ele efetivamente se dedicava ao tráfico, e escondia as drogas no telhado, onde, de fato, foram encontradas.
> No tocante ao crime de posse irregular de arma de fogo, o laudo pericial de fls. 57/60 atestou que a arma apreendida podia ser eficazmente utilizada para realizar disparos.
> Não que se falar atipicidade da conduta, por ausência de dano.
> [...]
> Assim, de rigor a manutenção da condenação do acusado, por ambos os delitos.
> [...]
> Na primeira fase, as penas foram fixadas acima do mínimo legal, ou seja em 05 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, em razão da natureza das drogas apreendidas.[...]
> A significativa quantidade e a diversidade de drogas (0,882 g de cocaína e 118,30g de maconha) apreendidas em poder do apelante mostram-se como circunstâncias idôneas para impedir a aplicação do benefício do redutor, uma vez denotadora de que o agente, para ter acesso a elas, incorporou-se à organização criminosa, ou, no mínimo, tem se dedicado frequentemente à traficância, critério jurisprudencial encontrável anto no Col. Supremo Tribunal Federal (RHC 117.867/MG - rel Min. Luiz Fux - j.22.10.2013), quanto no E. STJ (AgRg no AREsp 359.220/MG - rel Min. Maria Thereza de Assis Moura - J..3.9.2013 e AgRg no AREsp 180.580/MG - mesma rel. - j.7.3.2013).
> Não se há confundir a teleologia do redutor voltado para infratores de menor potencial, de acordo com o intuito do legislador, o que não é o caso.

> [...]
> Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso para a) no tocante ao crime de tráfico, fixar a pena-base no mínimo legal, sem repercussão na pena final; e b) fixar o regime inicial semiaberto para o crime previsto no Estatuto do Desarmamento, mantida, no mais, a r. sentença." (e-STJ, fls. 341-350.)

A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida de um sexto a dois terços quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (HC 401.121/SP, rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, j. 27/6/2017, DJe 1º/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, j. 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

Na hipótese, observa-se que as instâncias ordinárias negaram o reconhecimento do tráfico privilegiado por entenderem que a quantidade de droga encontrada – 118,307g de maconha e 0,882g de cocaína – e a peculiaridade das circunstâncias, em que havia droga escondida em compartimento no telhado, onde de fato foram encontradas, em porções, além de valor em dinheiro e armas, evidenciariam sua dedicação em atividade criminosa.

Portanto, assentado pela instância ordinária que o paciente faz do comércio ilícito de entorpecentes uma atividade habitual, a modificação desse entendimento a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas ensejaria o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*.

A propósito, confiram-se estes julgados:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. RECURSO NÃO PROVIDO.
> 1. Para a aplicação da minorante descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.
> 2. Este Superior Tribunal tem decidido que a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas e, consequentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque indica maior envolvimento do agente com o mundo das drogas.
> 3. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp 1052340/SC, rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, j. 4/5/2017, DJe 11/5/2017.)

> "*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INTERROGATÓRIO. INÍCIO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. PROCEDIMENTO ESPECIAL DA LEI N. 11.343/2006. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. PENA-BASE. REDUÇÃO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PROVIDÊNCIAS INÓCUAS. SÚMULA N. 231/STJ. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE OS PACIENTES DEDICAVAM-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.
> [...]
> 3. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que os pacientes dedicavam-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus.*
> [...]
> *Habeas corpus* denegado." (HC 385.941/SP, rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, j. 27/4/2017, DJe 8/5/2017.)

O regime prisional também não merece alteração, uma vez que foi devidamente adequado pelo Tribunal de origem ao modificar o regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto, diante do parcial provimento ao recurso.

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenação por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Confiram-se, por oportuno, os seguintes julgados:

> "PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DO V. ACÓRDÃO POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONDENAÇÕES AINDA SEM TRÂNSITO EM JULGADO. POSSIBILIDADE DE

UTILIZAÇÃO PARA NEGATIVA DA REDUTORA. REGIME INICIAL FECHADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. REQUISITOS DO ART 44 DO CÓDIGO PENAL NÃO ATENDIDOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.
[...]
III - Conquanto se saiba que o col. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 17/12/2013), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, *in casu*, verifica-se que as circunstâncias judiciais do art. 59 são desfavoráveis aos ora pacientes, o que impede a fixação inicial do regime semiaberto para início de resgate da reprimenda.
[...]
Habeas corpus não conhecido." (HC 385.942/RS, rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, j. 20/6/2017, DJe 30/6/2017.)

"AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA.
1. Não ocorre *bis in idem* quando o julgador fixa a pena-base acima do mínimo legal em razão da quantidade e nocividade das drogas apreendidas e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por conta da dedicação do paciente à atividade criminosa, que foi evidenciada pelas circunstâncias do delito.
2. O redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 foi afastado, no caso, em razão das circunstâncias da apreensão (disposição em tablete e barra, materiais apreendidos - eppendorfs utilizados para embalar drogas para posterior venda -, a partir de denúncia anônima, em ponto conhecido de venda ilegal), além da quantidade e diversidade da droga encontrada em poder do ora agravante (57,10 g de cocaína, 264,51 g de *crack* e 183,21 g de maconha). A tese recursal de que não haveria respaldo probatório para a conclusão adotada no sentido de que o agravante teria envolvimento com organização criminosa, para ser acolhida, demandaria ampla dilação em fatos e provas, o que não se harmoniza com o rito do habeas corpus, de cognição sumária.
3. Regime fechado mantido e devidamente fundamentado ao se considerar a expressiva quantidade, diversidade e natureza das substâncias entorpecentes apreendidas.
4. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 387.889/MG, rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, j. 16/8/2018, DJe 28/8/2018.)

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

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 02 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator