HABEAS CORPUS Nº 503.317 - MG (2019/0100229-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS FABIANO TORRES BASTOS - MG072008
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE	:	RAPHAEL GONCALVES BETHONICO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de RAPHAEL GONÇALVES BETHONICO, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**, nos autos da apelação criminal n. 1.0024.11.323013-0/001.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, c/c art. 40, inciso III, ambos da Lei n. 11.343/06 (fls. 352-359).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por maioria, deu parcial provimento ao apelo defensivo apenas para modificar o regime prisional para o semiaberto, em v. acórdão assim ementado:

> *"EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - ERRO DE TIPO - DESCONHECIMENTO DO ENTORPECENTE NÃO COMPROVADO - AUTORIA E MATERIALIDADE - COMPROVADAS - M1NORANTE DO §4° DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 - CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA - IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO AO AGENTE - DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - IMPOSSIBILIDADE - ABRANDAMENTO PARA O REGIME SEMIABERTO - POSSIBILIDADE - SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS - NECESSIDADE - CONDENAÇÃO*

MANTIDA.

Incabível o reconhecimento da excludente do erro do tipo quando não comprovado o desconhecimento do transporte do entorpecente.

Demonstrado nos autos pelas provas suficientes a materialidade e a autoria delitivas, incorrendo o acusado na norma incriminadora do art. 33, c/c art. 40, III da Lei 11.343/06, pela prática de tráfico de drogas, sem a demonstração de qualquer justificativa ou excludente, impõe-se a aplicação do preceito penal secundário coma condenação imputada.

Os depoimentos dos policiais militares que prendem em flagrante o réu, bem como participam das investigações que precedem a prisão, desfrutam, em principio, da mesma credibilidade que, em geral, gozam todos os demais testemunhos.

Comprovada por meio da existência de inquéritos policiais em andamento e ações penais em curso a dedicação do agente a atividades criminosas, não há como ser reconhecida em seu favor a causa de diminuição de pena prevista no §4° do art. 33 da Lei 11.343/06.

É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos casos de pena superior a quatro anos, bem como crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa.

A suspensão dos direitos políticos é norma constitucional autoaplicável quando se trata de condenação criminal transitada em julgado, nos termos do art. 15, III da CF.

V.V.P. {DES. DOORGAL ANDRADA) EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. POSSIBILIDADE. REQUISITOS PREENCHIDOS. REGIME ABERTO FIXADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VIABILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, PORÉM COM MENOR ABRANGÊNCIA.

- O agente primário não pode ser considerado contumaz na prática delitiva ou mesmo integrante de organização criminosa, sem a existência de elementos seguros que amparem tal assertiva. Preenchidos os requisitos do §4° do art. 33 da Lei 11.343/06, deve ser deferida a incidência da causa de causa de diminuição de pena no patamar máximo.

- O Tribunal Pleno do STF, no HC n° 97256, decidiu, por maioria de votos, pela inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei 11.343/06 que proíbem expressamente a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, para condenados por tráfico de drogas.

> *- Recurso parcialmente provido, porém com maior abrangência"* (fls. 402-403).

Os embargos infringentes opostos pela defesa, às fls. 443-449, foram rejeitados. Eis a ementa do julgado:

> *EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - DOSIMETRIA - CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA - VERIFICADA A DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS - BENEFICIO INVIÁVEL - EMBARGOS NÃO ACOLHIDOS. 1. Evidenciado que o réu se dedica a atlvldados criminosas, Inviável a Incidência da mlnorante do artigo 33, §4°, da Lei de Tóxicos. 2. Embargos nâo acolhidos. V.V. Causa especial de diminuição de pena prevista no §4°, do art. 33, da Lei n° 11.343/06, fixação do regime aberto e substituição da pena privativa do liberdade por duas restritivas de direitos. Possibilidade. Réu que passou a se dodicar às atividades criminosas após o delito apurado nos presentes autos"* (fl. 444).

Dai o presente **writ**, onde a impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na negativa de aplicação da causa especial de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em seu grau máximo, considerando que as circunstâncias foram todas favoráveis e a quantidade de droga foi pequena.

Requer, **liminarmente**, a concessão da ordem para que o paciente possa aguardar em liberdade o julgamento final deste **writ.** No mérito, pugna pela aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, com consequente alteração do regime prisional e substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

É o breve relatório.

Decido.

Inicialmente, insta consignar que a Primeira Turma do col.

Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso pertinente (**v.g.**: HC 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (**v.g.**: HC 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração.

Entretanto, no caso de flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, a jurisprudência recomenda a concessão da ordem de ofício.

Na hipótese, compulsando os autos, denota-se que o pedido liminar se confunde com o próprio **mérito** da impetração, não restando configurada, **de plano**, flagrante ilegalidade, a ensejar o deferimento da medida de urgência.

Assim, nos limites da cognição **in limine**, ausentes os indícios para a configuração do **fumus boni iuris**, a **quaestio** deverá ser apreciada pelo Colegiado, após uma verificação mais detalhada dos dados constantes dos autos.

Denego, pois, a liminar.

Solicitem-se, **com urgência e via telegrama**, informações atualizadas e pormenorizadas à autoridade tida por coatora.

Após, vista dos autos ao Ministério Público Federal.

P. e I.

Brasília (DF), 08 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator