AgRg no HABEAS CORPUS Nº 489.018 - SC (2019/0008589-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE	:	JAIRO LEANDRO GUTZ (PRESO)
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA PEDRO HENRIQUE PIRO MARTINS - SP349735
AGRAVADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

DECISÃO

Trata-se de agravo regimental interposto por JAIRO LEANDRO GUTZ contra decisão de minha lavra, na qual não conheci do *habeas corpus* em que se buscava o redimensionamento da pena-base, a aplicação da causa de diminuição de pena da Lei de drogas, a alteração do regime inicial de cumprimento de pena e a sua substituição por restritivas de direitos (fls. 103/115).

No presente regimental, a defesa alega, em síntese, a permanência de flagrante ilegalidade consistente na desproporcionalidade da exasperação da pena-base, com fundamento na quantidade de entorpecente apreendido. Pondera que todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal foram favoráveis e que o agravante é primário. Ressalta que para a pena inicial ser majorada é necessário cumular a quantidade e natureza da droga.

Sustenta fundamentação inidônea para o afastamento da causa de diminuição de pena da Lei de Drogas, porquanto justificada na quantidade de droga apreendida, o que também fundamentou o aumento da pena-base, incorrendo em indevido *bis in idem*. Assevera, que a benesse foi afastada com fulcro em "mera presunção" da dedicação do paciente à atividade criminosa. Afirma ser desnecessária a incursão fática na análise da incidência da minorante, conquanto não se trata de reexame de provas, mas de revalorá-las.

Pretende, assim, a reconsideração da decisão para conceder a ordem, a fim de que seja refeita a dosimetria mediante a manutenção da pena-base no mínimo legal, a aplicação da minorante da Lei de Drogas, a alteração do regime inicial de cumprimento de pena e sua substituição. Subsidiariamente, requer a apresentação do agravo para deliberação colegiada.

É o relatório.

Decido.

Reconsidero parcialmente a decisão agravada.

Conforme afirmado no *decisum* agravado, esta Corte Superior não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, porém ressalta a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente, o que não é o caso dos autos.

O agravante busca a manutenção da pena inicial dentro do limite mínimo legal, a aplicação do redutor da Lei n. 11.343/06, o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena e a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos.

O agravante foi preso em flagrante, trazendo consigo e mantendo em depósito em sua residência o total de 82 embalagens de cocaína pesando 66 g e, ainda, uma balança de precisão.

Diante disso, foi condenado por tráfico de entorpecentes, tendo o Juízo de primeiro grau fixado a pena total de 5 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto. O Tribunal *a quo*, por sua vez, deu provimento ao apelo do *Parquet*, para elevar a pena do paciente para 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, além do pagamento de 666 dias-multa, sob os seguintes fundamentos:

> *1. Do recurso da acusação. Circunstâncias do crime.*
>
> *A tese acusatória cinge-se em valorar a pena-base no vetor das circunstâncias do crime diante da quantidade da droga apreendida.*
>
> *Sobre o tema, a Lei n° 11.343/06 prevê situação excepcional no momento da dosimetria de crimes nela previstos, impondo ao magistrado, quando da fixação das penas, considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância/produto, bem como a personalidade e a conduta social do agente.*
>
> ***In casu, deve-se destacar que a quantidade da substância apreendida, cocaína, é considerável, 66 g (sessenta e seis gramas), acondicionadas individualmente em 82 embalagens de plástico branco (fls. 58-59 e fotografias de fls. 09-10), o que demonstra o potencial elevado de consumidores potencialmente atingidos, com alto poder de vício e extremamente prejudicial à saúde dos usuários.***
>
> ***Com esse retrato, dada a quantidade significativa de entorpecente apreendido, imperioso o aumento da pena-base no vetor circunstâncias do delito (...) utilizando-se para tanto a fração de 1/6 (um sexto), comumente adotada nesta Corte em tais situações.***
>
> *2. Do recurso defensivo. Causa especial de diminuição da*

pena

A sua vez, a defesa sustenta a incidência da causa especial de diminuição da pena, forte no primado de que o réu não se dedicava a atividades criminosas por tempo considerável.

Com efeito, consoante o entendimento consolidado nesta Corte, usualmente aplicado aos traficantes de primeira viagem ou de baixa periculosidade, a incidência do redutor de pena previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (de um sexto a dois terços) depende da identificação de quatro requisitos cumulativos descritos no texto legal, quais sejam: a) primariedade; b) bons antecedentes; c) não dedicação às atividades criminosas; d) não integração à organização criminosa (...)

Mas, para o caso em apreço, não se faz presente o preenchimento cumulativo dos requisitos anteriormente elencados. Ocorre que, tal como descrito na sentença, vê-se inafastável a dedicação do réu ao intento criminoso, notando- se, prima facie, a quantidade exacerbada de entorpecentes (66 gramas, distribuídas em 82 porções), capaz de denotar, consoante assim também encartado no entendimento consolidado dos tribunais pátrios, que o ofensor faz de tal empreendida atividade habitual, até porque há depoimento dos policiais militares que, tanto ouvidos na fase inicial como também em juízo, atestaram que a residência do denunciado já era monitorada pela agência de inteligência do órgão e por outras guarnições. Disseram que a agência solicitou a abordagem no veículo, o que foi efetuado pela guarnição dos depoentes e encontrados os materiais ilícitos; e, em colaboração, o usuário de drogas João Antônio Munhoz retratou que alimentava seu vício junto ao réu por, aproximadamente, quatro ou cinco meses antes da abordagem e comprova cada bucha por R$ 50,00, em média. Mais, o réu, além de não comprova qualquer atividade lícita por ele exercida, confessou o trafico realizado argumentando inclusive que a atividade mantinha seu próprio consumo.

Assim, embora Jairo Leandro Gutz seja primário, ostente bons antecedentes e não se tenha informações de sua vinculação à organização criminosa, a dedicação a atividade ilícita é evidente e demonstra seu envolvimento de forma habitual com a mercancia espúria de cocaína, independente do tempo que praticava a atividade, sendo isso suficiente para impedir sua aplicação (...)

Por esse conjunto de fatores, não há como se reconhecer a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 e, por conseqüência, resta prejudicado o pleito de alteração do regime inicial para o resgate da reprimenda.

3. Da nova dosimetria aplicada

Reconhecida nova circunstância capaz de exasperar a pena-base, necessária a realização de novo cálculo da pena.

Na primeira fase, mantidas as razões para majoração da reprimenda, na fração de 1/6, em razão da culpabilidade, haja vista a nocividade da droga apreendida, e elevando-se agora em mais 1/6 em razão das circunstâncias do delito, uma vez que a quantidade de entorpecente apreendida supera o de ordinário, inexistindo outras

> ***circunstâncias prejudiciais, a pena-base deve ser fixada em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 666 dias-multa.***
>
> ***Já na segunda etapa, inexistentes causas agravantes e presente a atenuante da confissão, conforme inclusive reconhecido pelo juízo a quo, mantém-se a fração de redução adotada (1/6), de modo que a pena intermediária resta fixada em 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão. A pena de multa permanece inalterada, já que não afetada pelas variações ocorridas na presente fase.***
>
> ***Inexistindo causas especiais de aumento ou diminuição da pena,*** *na derradeira etapa, fixa-se a pena definitiva em 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, mantido o regime semiaberto já fixado.*
>
> *Ante o exposto o voto é pelo parcial conhecimento e desprovimento do recurso da defesa e pelo acolhimento da insurgência da acusação, a fim de elevar a pena para 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, mantidas as demais cominações legais (fls. 50/53).*

Da leitura, extrai-se, portanto, que o Tribunal Estadual na etapa inicial da dosimetria do delito, além de manter a exasperação da pena-base em 1/6, em razão da circunstância especial relativa a natureza da droga apreendida (cocaína), também aumentou 1/6, com base na quantidade (66 gramas). Na segunda fase, conservou a subtração de 1/6 da pena intermediária, decorrente do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, atingindo a pena o patamar de 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, a qual tornou-se definitiva a míngua de causas de aumento e diminuição de pena.

Impõe consignar que a dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal– CP, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.

Cumpre esclarecer também que o tráfico ilícito de drogas é classificado como delito de perigo abstrato, isto é, não depende de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma – saúde pública. Quanto maior a quantidade ou mais forte for a droga, maior será o perigo.

Sendo assim, a natureza da droga apreendida, embora em pequena quantidade, pode justificar o aumento da pena-base. Se a quantidade também for elevada, o recrudescimento deverá ser maior.

Quanto ao tema, dispõe o art. 42 da Lei n. 11.343/06:

> *"O juiz, na fixação das penas, considerará, 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".*

Desse modo, o argumento da imprescindibilidade de cumulação entre a natureza da substância e sua elevada quantidade para promover o aumento da basilar, não merece prosperar. Ademais, no caso dos autos, as duas circunstâncias foram sopesadas pelo Tribunal de origem, que justificou a exasperação da pena-base no total de 1/3 na natureza e na quantidade da droga apreendida (66g de cocaína) em observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Todavia, considerando, sobretudo, que a quantidade de drogas não foi expressiva e, ainda, os limites, mínimo e máximo, da pena do delito de tráfico ilícito de drogas, de 5 a 15 anos de reclusão, mostra-se razoável majorá-la apenas em 1/6. Confira-se os seguintes precedentes desta Corte Superior:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. POSSIBILIDADE. QUANTUM DESPROPORCIONAL. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. AGRAVO NÃO PROVIDO.*
>
> *1. A quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.*
>
> ***2. No caso, a natureza da droga apreendida - cocaína - constituiu critério idôneo para exasperar a pena-base, mas a sua quantidade - 24,5 g - revelou a necessidade de reduzir o incremento para apenas 1/6 sobre o patamar mínimo legal, redimensionando-se a pena do paciente.***
>
> *3. Agravo regimental não provido* (AgRg no HC 428.048/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 08/03/2018).
>
> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE.* ***QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA - 59,2G DE COCAÍNA. PENA-BASE EXASPERADA EM 1/6 (UM SEXTO).*** *PRECEDENTES. I - O art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece que: "o juiz, na fixação das penas,*

> *considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e conduta social do agente".*
>
> ***II - Na presente hipótese, não assiste razão a parte agravante porque de fato é a hipótese de se exasperar a pena-base acima do mínimo legal, tendo em vista a quantidade e natureza da droga apreendida em poder do réu (59,2 g de cocaína), segundo estabelecido pelo art. 42 da Lei n.º 11.343/06 e art. 59 do Código Penal.***
>
> *Agravo regimental desprovido* (AgRg no Ag no REsp 1675160/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 28/02/2018).

Assim, reestabeleço a fração de 1/6 de incremento da pena-base fixada pelo Magistrado de primeiro grau, fixando a basilar em 5 anos e 8 meses de reclusão, além do pagamento de 583 dias-multa.

Noutro ponto, verifico que a tese defensiva de que a quantidade de droga foi utilizada erroneamente tanto para exasperar a pena base como para negar a aplicação da redução pelo tráfico privilegiado, incorrendo, assim, em indevido *bis in idem*, não merece prosperar, haja vista que, o entendimento desta Quinta Turma é no sentido de que a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase) e para **afastar** a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase) – por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa – não configura *bis in idem*.

Diversa é a hipótese tratada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar *bis in idem* a utilização da quantidade de droga "*tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para* ***modular*** *a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006"* (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

Quanto ao tema, confiram-se recente julgado da egrégia Quinta Turma deste Tribunal Superior de Justiça:

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E INAPLICABILIDADE DA MINORANTE. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.*

> *1. 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.*
>
> ***2. Esta Corte tem posicionamento firme de que é possível a aferição da quantidade e da natureza da substância entorpecente, concomitantemente, na primeira etapa da dosimetria, para exasperar a pena-base e, na terceira, para justificar o afastamento da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 - quando evidenciado o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes - sendo tal hipótese distinta da julgada, em repercussão geral, pela Suprema Corte no ARE 666.334/AM.***
>
> ***3. Hipótese em que a Corte de origem sopesou validamente a quantidade e a natureza da droga apreendida (1,05 kg de cocaína) na primeira etapa da dosimetria penal, para exasperar a pena-base em 6 meses de reclusão, e na terceira fase, para justificar o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que tais vetores indicam a habitualidade delitiva da agravante.***
>
> *4. Ademais, concluído pela instância antecedente, com fulcro na quantidade do entorpecente apreendido, assim como nos demais elementos constantes dos autos, que a agravante se dedica a atividade criminosa, a alteração desse entendimento - para fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.*
>
> *5. Agravo regimental desprovido* (AgRg no HC 472.650/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 26/02/2019).

De outra parte, quanto a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, os fundamentos utilizados pelo Tribunal de origem para não aplicá-la ao caso concreto em razão da quantidade de droga apreendida (66g de cocaína, distribuídas em 82 porções), bem como o fato de que a residência do paciente era monitorada por policiais que constataram a habitualidade do tráfico, está em consonância com o entendimento desta Corte Superior de Justiça.

Some-se, também, o fato de que o próprio agravante confessou que estava praticando a mercancia de drogas há aproximadamente quatro meses, o que foi confirmado por um usuário de drogas. Desse modo, o afastamento da benesse pleiteada não se deu com fundamento em meras presunções, mas sim pelo conjunto de provas colhidas na instrução processual.

Acrescente-se, ainda, para se acolher a tese de que o paciente não se

dedica à atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em sede de *habeas corpus*.

Confiram-se:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PRETENDIDA APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006 EM SEU PATAMAR MÁXIMO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. REEXAME DE PROVAS. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. AGRAVO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.*
>
> *1. O Legislador não delimitou parâmetros para a redução da pena pela causa de diminuição prevista na Lei de Drogas, de forma que o quantum de diminuição fica adstrito ao prudente arbítrio do Magistrado, que deve observar o princípio do livre convencimento motivado. No caso, a fração implementada revela-se proporcional e fundamentada, tendo o Tribunal de origem motivado a escolha do patamar com base nas circunstâncias do caso concreto: a) quantidade de droga; b) destino do entorpecente; c) condenação anterior; d) expressiva importância recebida pelo Agravante para transportar a droga (vinte mil reais).*
>
> ***2. Não há falar em indevido bis in idem, pois, a despeito de mencionada a quantidade de droga para majorar a pena-base e para fixar a fração de diminuição de pena na terceira fase da dosimetria, a Corte local também levou em consideração outros elementos dos autos (já citados), que, por si sós, justificam a fração de 1/2 (metade).***
>
> ***3. Assim, não havendo ilegalidade patente na fixação do quantum a ser reduzido pela minorante do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, não pode esta Corte proceder à alteração do referido patamar sem revolver o acervo fático-probatório, providência incabível na via do recurso especial, a teor do óbice contido no Verbete Sumular n.º 7 deste Superior Tribunal de Justiça.***
>
> *4. No âmbito do agravo regimental, não se admite que a Parte, pretendendo a análise de teses anteriormente omitidas, amplie objetivamente as causas de pedir e os pedidos formulados na petição inicial ou no recurso.*
>
> *5. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido* (AgRg no AREsp 1364862/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, DJe 29/03/2019).

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. SISTEMA DE DISQUE DROGAS. ENVOLVIMENTO*

DE MENOR. AFASTAMENTO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Esta Corte superior entende que, para afastar a benesse estabelecida no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, com suporte na dedicação a atividades criminosas, é preciso aliar elementos concretos que permitam a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas e/ou integra organização criminosa, conforme se verifica no caso dos autos, em que a comercialização de entorpecentes era realizada de forma rotineira por meio de "disque-drogas". Precedente.

2. A revisão do assentado pela instância ordinária, de que houve efetivo envolvimento de adolescente na atuação criminosa, demandaria reexame de material cognitivo produzido nos autos, insuscetível de ser realizado nesta via.

3. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 473.166/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 18/03/2019).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO DE ATOS INFRACIONAIS PARA EXASPERAR A PENA-BASE. DESCABIMENTO. EXCLUSÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA UTILIZADA PARA AFASTAR A REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, ALIADA A OUTROS ELEMENTOS. REEXAME MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. REGIME INICIAL FECHADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. ILEGALIDADE. REGIME SEMIABERTO. ADEQUADO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. TODAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS (ART. 33, § 2º, B, CP). SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INAPLICABILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. AUSÊNCIA DE REQUISITOS DO ART. 44, INC. I, DO CÓDIGO PENAL. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - 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 se se tratar de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a "dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do

caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade" (HC n. 400.119/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 1º/8/2017).

III - Esta Corte é uníssona no sentido de que não podem ser sopesados na apuração de maus antecedentes para elevar a pena-base, tampouco para induzir a reincidência, atos infracionais anteriores na dosimetria da pena. Entretanto, este Tribunal tem evoluído, entendendo que os antecedentes infracionais podem indicar uma inclinação do agente a práticas delitivas, sendo inclusive, fundamento idôneo para manutenção da segregação cautelar.

IV - Na hipótese, o v. acórdão impugna fundamentou o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que a paciente dedicava-se a atividades criminosas (traficância), em razão da "[...] razoável quantidade de dois tipos de drogas apreendidas, assim como a nefasta natureza de uma delas (cocaína), além das circunstâncias da apreensão e da confissão de que fazia do tráfico seu meio de vida, a demonstrar o envolvimento não ocasional". Tudo isso, são elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Rever o entendimento do eg. Tribunal de origem para fazer incidir a causa especial de diminuição, como reclama o impetrante, demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus.

(...)

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para afasta a utilização de atos infracionais no aumento da pena-base, mas sem reflexo na pena final, e fixar o regime inicial semiaberto para resgate da reprimenda, mantidos os demais termos da condenação (HC 478.661/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 19/02/2019).

Assim, reconsidero a decisão, em parte, e, passo ao redimensionamento da pena do paciente.

Na primeira fase da dosimetria, reestabeleço a fração de 1/6 de incremento da pena-base fixada pelo Magistrado de primeiro grau, fixando a basilar em 5 anos e 8 meses de reclusão, além do pagamento de 583 dias-multa. Na fase intermediária, conservo a redução de 1/6 decorrente da confissão do agravante, atingindo o patamar de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, os quais torno definitivos à míngua de causas de diminuição de aumento.

Noutro ponto, não sendo deferido o pedido de incidência da causa especial de diminuição de pena da Lei de Drogas e mantida a pena final em patamar

superior a 4 anos de reclusão, restam prejudicados os pedidos de abrandamento de regime e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, afinal, o paciente não preencheu o requisito objetivo para alcançar o benefício.

Ante o exposto, reconsidero a decisão de fls. 103/115, a fim de não conhecer do *habeas corpus,* mas conceder a ordem, de ofício, apenas para reduzir a pena do paciente para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, mantidos os demais termos do decreto condenatório.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 11 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator