HABEAS CORPUS Nº 500.186 - SP (2019/0082149-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA	:	MILENA JACKELINE REIS
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	BRUNO ROCHA ATTO DE SOUZA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem pedido de liminar, impetrado em benefício de BRUNO ROCHA ATTO DE SOUZA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0008999-84.2017.8.26.0635).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime semiaberto, pela prática do delito tipificado no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (tráfico privilegiado).

Ambas as partes apelaram, o Tribunal deu provimento apenas ao recurso da acusação para afastar o § 4º e aumentar a pena para 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado (fls. 69/79).

No presente *writ*, o impetrante sustenta a nulidade do processo, visto que, no julgamento da apelação, o *"Desembargador, ao relatar o recurso de apelação, percebeu que a mídia contava com defeito. Determinou então nova colheita de provas (f. 216). Foi então marcada audiência e refeita a prova. Todavia, uma das testemunhas policiais não foi ouvida novamente, em razão da sua ausência"* (fl. 5). Aduz que está sendo infringido o princípio do devido processo legal.

Alega, também, que o paciente preenche todos os requisitos exigidos para a aplicação da causa especial de diminuição de pena, a fixação de regime mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

Requer, assim, que seja acolhida a nulidade, com a consequente absolvição do paciente por falta de provas. Subsidiariamente, requer a aplicação do redutor do §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, a alteração do regime e a substituição da pena.

Dispensadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se

pela denegação da ordem, nos termos da seguinte ementa:

> *PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS COM PEDIDO LIMINAR. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. TRÁFICO PRIVILEGIADO. INAPLICABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. REGIME FECHADO ESTABELECIDO MOTIVADAMENTE. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.* (fl. 84)

É o relatório.

Decido.

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

Conforme relatado, a primeira controvérsia refere-se à suposta existência de nulidade, uma vez que, em razão da danificação da mídia que continha a gravação da primeira audiência de instrução e julgamento, o depoimento de um policial militar deixou de ser reproduzido.

Nesse ponto, asseverou o Tribunal *a quo* que, a despeito de a mídia ter sido danificada, apenas o depoimento de um policial militar deixou de ser reproduzido - depoimento este que, inclusive, seria desfavorável a defesa -, tendo ocorrido a oitiva do outro policial militar responsável pela prisão em flagrante. Portanto, tal ocorrência não resultaria em afronta a princípios. Em seus termos:

> *[...]*
>
> *De início, analisada a petição de fls. 248/250, não há que se falar em absolvição por falta de provas em razão da danificação da mídia que continha a gravação da primeira audiência de instrução e julgamento.*
>
> *Isso porque a única prova que deixou de ser reproduzida na segunda audiência foi o depoimento do policial militar Thyago Fernando da Silva que, como afirmado pela própria Defesa, é prova desfavorável ao acusado.*
>
> *Ademais, em que pese a ausência do depoimento dessa testemunha, foi possível colher o depoimento do outro policial militar responsável pela prisão em flagrante do réu.*
>
> *Não há, portanto, qualquer violação ao princípio do*

contraditório, da ampla defesa ou do devido processo legal, já que, como se demonstrará, as provas colacionadas aos autos são suficientes para a decisão do caso aqui exposto. (fl. 72)

O acórdão impugnado está em consonância com o posicionamento desta Corte Superior na linha de que o reconhecimento da nulidade exige demonstração do prejuízo, à luz do art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o princípio *pas de nullité sans grief.*

A propósito, confiram-se os seguintes precedentes:

PENAL. PROCESSO PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADE DO JULGAMENTO. TESTEMUNHA. CLÁUSULA DE IMPRESCINDIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OITIVA. IRRELEVÂNCIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. VERIFICAÇÃO. SÚMULA N. 7/STJ. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E AGRAVANTE DO ART. 61, II, "F", DO CP. COMPENSAÇÃO.

[...]

3. Em tema de nulidade de ato processual, vigora o princípio pas de nulité sans grife, segundo o qual, o reconhecimento de nulidade exige a comprovação de efetivo prejuízo (art. 563 do Código de Processo Penal). Foi, desse modo, editado pelo Supremo Tribunal Federal o enunciado sumular n. 523. Nessa linha, a demonstração do prejuízo sofrido pela defesa é reconhecida pela jurisprudência atual como imprescindível tanto para a nulidade relativa quanto para a absoluta. No presente caso, apesar de o recorrente alegar a ocorrência de nulidade, não demonstrou de que forma a não oitiva da referida testemunha teria causado a ele prejuízo, uma vez que a Corte local consignou que a referida testemunha, ouvida nos autos em momento anterior, apenas atestou a boa conduta do réu e que o único fato relevante trazido (presença do acusado na coletoria) foi reconhecido como fato incontroverso pela acusação. Assim, não há que se falar em nulidade, em razão da ausência de prejuízo.

4. Ademais, concluir que a defesa informou o telefone e os endereços residencial e comercial da testemunha, não tendo sido esta encontrada por ausência de empenho do Juízo, bem como que a referida testemunha arrolada com cláusula da imprescindibilidade, ao contrário do afirmado pela Corte de origem, não fora ouvida em nenhum momento processual, demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória dos autos, o que é inviável em sede de recurso especial, por força da incidência da Súmula n. 7/STJ.

[...]

8. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1168233/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA,

QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 16/11/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ARGUIÇÃO DE NULIDADE DA SESSÃO DE JULGAMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI. CERTIDÃO DE ÓBITO APRESENTADA POR TERCEIRO E JUNTADA AOS AUTOS COM A ANUÊNCIA DE AMBAS AS PARTES. REJEIÇÃO. ART. 563 DO CPP E AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. CAUSA MORTIS CONHECIDA POR OUTROS MEIOS JÁ EXISTENTES NOS AUTOS. CONDENAÇÃO DECORRENTE DO ACOLHIMENTO DE TESE DA ACUSAÇÃO. INDEPENDÊNCIA DO DOCUMENTO RECHAÇADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Não há violação ao art. 475 do CPP quando o Juiz Presidente do Tribunal do Júri admite, com a anuência e para proveito de ambas as partes, a apresentação e juntada aos autos, durante dos debates, da certidão de óbito da vítima, sobretudo quando já constava nos autos, por outros meios, a informação de sua causa mortis - asfixia mecânica -, insuficiente, aliás, para o deslinde do caso, em que aventadas as teses de homicídio, pela acusação, e de suicídio, pela defesa.

2. Nos termos do art. 565 do CPP, não pode ser arguida, por nenhuma das partes, a "nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à pate contrária interesse".

3. ***Para a declaração de nulidade de determinado ato processual, deve haver a demonstração de eventual prejuízo concreto suportado pela parte em decorrência da prática do ato inquinado nulo, não sendo suficiente a mera alegação da ausência de alguma formalidade - mormente quando se alcança a finalidade que lhe é intrínseca, consoante o disposto no art. 563 do Código de Processo Penal - ou da simples condenação do réu.***

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp n. 1.134.048/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 23/2/2017)

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADE DO ACÓRDÃO QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DECISÃO DE PRONÚNCIA CONSUBSTANCIADA EXCLUSIVAMENTE EM ELEMENTOS OBTIDOS POR INQUÉRITO POLICIAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. NÃO OCORRÊNCIA. DELEGADO DO CASO OUVIDO EM JUÍZO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

6. ***A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que o reconhecimento da nulidade***

exige demonstração do prejuízo, à luz do art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o princípio pas de nullité sans grief. Prejuízo não demonstrado.

7. Habeas corpus não conhecido. (HC n. 314.454/SC, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/2/2017, DJe 17/2/2017)

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CRIME COMETIDO MEDIANTE PROMESSA DE PAGAMENTO E POR MEIO DE RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA. NULIDADES AFASTADAS. MÍDIA DE JULGAMENTO DANIFICADA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO À DEFESA. JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. INEXISTÊNCIA. AMPLA DILAÇÃO PROBATÓRIA EM PROCEDIMENTO DE COGNIÇÃO SUMÁRIA. INVIABILIDADE. TEMAS SUSCETÍVEIS DE EXAME EM SEDE ADEQUADA. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO NA ORIGEM. WRIT NÃO CONHECIDO. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO.

1. No tocante à danificação da mídia de julgamento, esclarece o acórdão da apelação que somente foi notada pela Defesa quando noticiada pelo Relator no julgamento da apelação, não ficando evidenciado nenhum prejuízo às partes, mormente porque nas razões dos recursos apresentados pelas defesas dos réus não se controverte sobre os depoimentos colhidos em plenário. Acórdão impugnado em consonância com o posicionamento desta Corte Superior na linha de que o reconhecimento da nulidade exige demonstração do prejuízo, à luz do art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o princípio pas de nullité sans grief.

2. Pelo que se verifica do acórdão da apelação, mesmo sem a mídia de julgamento disponível foi perfeitamente possível o exame das teses recursais e a verificação de que o julgamento pelo Júri encontra harmonia com todos os demais elementos de convicção e provas dos autos, não se podendo concluir, ou mesmo presumir, que a ausência de referida mídia inviabilizaria eventual propositura de revisão criminal. Consolidado nesta Corte Superior o entendimento de que decisão manifestamente contrária às provas dos autos é aquela que não encontra amparo nas provas produzidas, destoando, desse modo, inquestionavelmente, de todo o acervo probatório.

3. Ventiladas intercorrências no julgamento perante o Júri devidamente sanadas pela Magistrada, que prontamente tomou as medidas necessárias para garantir o curso regular da sessão de julgamento, não evidenciada quanto ao ponto nenhuma nulidade.

4. Inviabilidade de se proceder à ampla análise de fatos e provas nos autos de habeas corpus, de cognição sumária. Temas aqui abordados podem ser objeto de análise no recurso adequado à espécie, já tendo sido interposto, na origem, recurso especial pelo ora paciente.

5. Habeas corpus não conhecido. Agravo regimental, às

> *fls. 187/191, prejudicado.* (HC 376.366/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/04/2017, DJe 28/04/2017)

A segunda controvérsia diz respeito à não aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei de Drogas.

No caso, policiais surpreenderam o paciente na posse de 192 pinos de cocaína (53,3g) e 284 invólucros de maconha (575,3g). O Juízo de primeiro grau, ao condená-lo por tráfico de drogas, aplicou referida a minorante. O Tribunal *a quo,* por sua vez, afastou o redutor e fixou a pena em 5 anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, conforme se extrai dos seguintes trechos:

> *[...]*
> *Passa-se, então, à dosimetria das penas.*
> *Na primeira fase da dosimetria, o juiz de primeiro grau acertadamente fixou a pena do acusado no mínimo legal, isto é, 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de quinhentos (500) dias- multa, já que ausentes quaisquer circunstâncias judiciais desabonadoras.*
> *Em que pesem os argumentos do Parquet, o acusado não ostenta maus antecedentes, posto que a certidão de fl. 107 trata de processo em andamento. Desse modo, este fato não poderá ser considerado na primeira fase da dosimetria, pois, nos termos da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, "é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena- base".*
> *Por outro lado, quanto à análise dos requisitos do artigo 42 da Lei nº 11.343/06 neste momento, à vista do entendimento mais recente subscrito pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, zelando para que a quantidade e variedade das drogas apreendidas não incidam duplamente no cômputo da pena em desfavor do agente (Pleno HC 112.776/MS Rel. Teori Zavascki j. 19.12.2013; 1ªT HC 120.146/SP Rel. Dias Toffoli j. 22.04.2014; 2ªT HC 121.239/SP Rel. Ricardo Lewandowisk j. 18.03.2014), de melhor cuidado que esse fator se reserve para consideração adiante, somente na terceira fase do método trifásico disposto no artigo 68, caput, do Código Penal.*
> *Na segunda fase, não há agravantes ou atenuantes.*
> ***Por fim, razão assiste ao Ministério Público, não sendo caso de aplicação em nenhuma medida do redutor do artigo 33, parágrafo 4º da Lei nº 11.343/06.***
> ***Com efeito, Bruno foi preso em flagrante na posse de cinquenta e três gramas e três decigramas (53,3g) de cocaína e quinhentos e setenta e cinco gramas e três decigramas (575,3g) de maconha. Além disso, foram apreendidos três (3) cadernos com anotações relativas ao tráfico de drogas, bem como mil, duzentos e cinquenta e oito reais (R$ 1.258,00) em espécie.***

> ***No reiterado entender desta 2ª Câmara Criminal, sempre com os olhos voltados à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, estas circunstâncias impõem o indeferimento completo da assistência do redutor legal específico disposto no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006.***
>
> ***Isso porque demonstram que Bruno, embora primário, infelizmente dedicava-se às atividades criminosas, uma vez que tinha consigo vultosa quantidade de drogas e anotações sobre as transações efetuadas.***
>
> ***Consequentemente, torna-se definitiva a pena de 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de quinhentos (500) dias-multa, devendo o cumprimento da pena prisional iniciar-se em regime fechado, sem possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.***
>
> *É certo que, atualmente, o direito brasileiro comporta a aplicação de regime prisional mais brando, assim como a substituição da privação de liberdade por penas restritivas de direitos em condenações por tráfico de drogas, especialmente quando se cuida de réu tecnicamente primário.*
>
> *Contudo, também é certo que a maior quantidade ou a mais expressiva variedade das drogas traficadas pode, como agora se passa concretamente com Bruno, inviabilizar a aplicação do chamado redutor legal específico (Lei 11.343/2006, artigo 33, parágrafo 4º), bem como pode inviabilizar, de resto, a substituição da sanção prisional por restritivas de direitos e a aplicação de regime menos veemente (STF 1ª T RHC 125.077 AgR/MS Rel. Roberto Barroso j. 10.02.2015; STF 2ª T HC 124.108/SP Rel. Cármen Lúcia j. 04.11.2014 ; STJ 5ª T HC 314.044/SP Rel. Jorge Mussi j. 17.03.2015; STJ 6a T AgRg no REsp 1.386.754/SP Rel. Ericson Maranho j. 05.03.2015).*
>
> *Logo, diante da quantidade e da variedade de drogas encontradas, e tendo em vista a orientação dos Tribunais Superiores, a primariedade não autoriza, sozinha, a fixação de regime diverso do fechado ou a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. Como se trata de ilícito mais preocupante e veemente, também não socorre Bruno o tempo de prisão provisória por ele já cumprido, não sendo o caso, por consequência, de aplicar outro regime que não o fechado.* (fls. 75/78)

O acórdão impugnado está em consonância com o entendimento desta Corte de que a quantidade e a natureza das drogas apreendidas, especialmente quando atreladas a outras circunstâncias (forma de acondicionamento e variedade do entorpecente, local e *modus operandi* do delito, ausência de ocupação lícita do agente etc), indicam a dedicação ao tráfico de drogas, impedindo, assim, a aplicação do § 4º.

Ademais, é necessário o reexame de todo o conjunto fático-probatório

para se chegar à conclusão de que o ora paciente faz jus à referida minorante, o que é vedado em *habeas corpus*.

Confiram-se, a propósito, os seguintes julgados:

> *HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. QUALIFICAÇÃO DE TESTEMUNHA MANTIDA SOB SIGILO, PERMITIDA SUA DIVULGAÇÃO APENAS AO ADVOGADO DOS ACUSADOS, JUIZ E PROMOTOR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO BASEADA EM OUTRAS PROVAS, COLHIDAS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PENA MAIOR QUE QUATRO ANOS. HABEAS CORPUS DENEGADO.*
>
> *[...]*
>
> *3. Inaplicável a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na hipótese, na medida em que, conforme consignado pela sentença condenatória, mantida pelo acórdão de apelação impugnado, o Paciente não preenche os requisitos legais, tendo em vista se dedicar à atividade criminosa.* ***E, não é possível, na estreita via do habeas corpus, rever a conclusão exarada pela instância ordinária, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório.*** *Precedentes.*
>
> *[...]*
>
> *5. Habeas corpus denegado.* (HC 206.142/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 23/4/2013)

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. (98,5 G DE COCAÍNA EM PEDRA, 19,3 G DE COCAÍNA EM PÓ E 49,5 G DE MACONHA, DEVIDAMENTE ACONDICIONADAS PARA A MERCÂNCIA). CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO (ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006). PROXIMIDADE A TRÊS ESCOLAS E UM CENTRO DE RECREAÇÃO. COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NATUREZA, E QUANTIDADE DE DROGAS. 300 "PAPELOTES" PARA REVENDA DE CRACK, MACONHA E COCAÍNA EM PÓ.*
>
> *1. Deve ser mantida a decisão monocrática em que não se conhece da impetração, substitutiva do recurso cabível, quando não há manifesto constrangimento ilegal à liberdade de locomoção.*
>
> *2.* ***A negativa de incidência da causa especial de***

diminuição da pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deu-se em razão da convicção do julgador, com base nas provas dos autos, de existir dedicação à atividade criminosa, de modo que, alcançar conclusão inversa, demandaria reexame fático-probatório, inviável na via eleita.

[...]

5. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 283.816/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 06/10/2016)

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, não há falar em flagrante ilegalidade na fixação do fechado. Isso porque a quantidade e a natureza das droga apreendidas justificam a fixação do regime prisional mais gravoso.

Confiram-se, a propósito, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DO REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- 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 necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

- No caso, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal de 5 anos de reclusão, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas são circunstâncias que recomendam o regime mais gravoso para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

- Habeas corpus não conhecido. (HC 344.946/SP, Rel.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 28/03/2016)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. REGIME INICIAL FECHADO. ART. 42 DA LEI DE DROGAS CONSIDERADO NA 3ª FASE DA DOSIMETRIA. FUNDAMENTO IDÔNEO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. PENA FIXADA ACIMA DE 4 ANOS. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. LIMINAR CASSADA.

[...]

III - In casu, observa-se que, ***não obstante ser pequena a quantidade da droga apreendida - apenas 3 (três) gramas -, a natureza altamente viciante do crack*** *e as demais circunstâncias do caso concreto (a forma de acondicionamento da droga, a ausência de demonstração da origem lícita do dinheiro apreendido ou de exercício de atividade lícita e, ainda, outras passagens pela justiça pela prática de mesmo delito) indicam que a paciente dedica-se a atividades criminosas, justificando, por isso, o afastamento da redutora prevista no caput do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.*

IV - Considerando-se a existência de circunstâncias desfavoráveis que foram consideradas na dosimetria da pena, na terceira fase, para afastar a causa especial de redução de pena, inclusive a natureza da droga, inviável a fixação do regime intermediário unicamente em razão do montante de pena imposto à paciente, ex vi dos arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei n. 11.343/2006.

V - Fixada a pena definitivamente em 5 (cinco) anos de reclusão, não há se falar em substituição da corporal por restritiva de direito, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. Liminar cassada. (HC 400.348/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 29/08/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL TOTAL DE 4 ANOS E 2 MESES DE RECLUSÃO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. VIABILIDADE. ***DROGA NOCIVA, MAS APREENDIDA EM PEQUENA QUANTIDADE.*** *FRAÇÃO REDUTORA INTERMEDIÁRIA DE 1/2 APLICADA. RESPEITO À*

PROPORCIONALIDADE. PENA REDUZIDA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. NOCIVIDADE QUE POSSIBILITA A FIXAÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM O BENEFÍCIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- Na espécie, consigne-se que, embora o paciente seja primário e a pena de 2 anos e 6 meses de reclusão comporte, em princípio, o regime aberto, o regime intermediário, qual seja, o semiaberto, é o que mais se amolda ao caso concreto, ante a ***nocividade da droga apreendida****, elemento que, inclusive, justificou a escolha da fração redutora intermediária pelo tráfico privilegiado. Precedentes.*

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, redimensionando-se as penas do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 250 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (HC 372.354/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 25/11/2016)

Por fim, incabível a substituição da pena corporal por restritivas de direito em razão da manutenção da quantidade de pena aplicada, nos termos do artigo 44, inciso I do Código Penal.

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

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator