HABEAS CORPUS Nº 501.057 - RJ (2019/0087890-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO CINTHIA RODRIGUES MENESCAL PALHARES - RJ094625
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	:	EWERTON EDUARDO DE LIMA (PRESO)
PACIENTE	:	JHONATAN WHITE COELHO DE OLIVEIRA (PRESO)
PACIENTE	:	RODRIGO DE OLIVEIRA COELHO (PRESO)
PACIENTE	:	GABRIEL COSTA BATISTA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, **sem pedido liminar**, impetrado pela Defensoria Pública em favor de EWERTON EDUARDO DE LIMA, JHONATAN WHITE COELHO DE OLIVEIRA, RODRIGO DE OLIVEIRA COELHO e GABRIEL COSTA BATISTA, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, nos autos da apelação criminal n. 0088953-39.2017.8.19.0001.

Depreende-se dos autos que os pacientes foram condenados, em primeira instância, nos seguintes termos: EWERTON, JHONATAN e RODRIGO, às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime semiaberto, mais pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, com incursos na sanções do art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/06, e GABRIEL, às penas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, mais pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, substituída a pena corporal por restritiva de direitos, como incurso nas sanções do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06 (fls. 43-49).

Inconformados, a defesa e o Ministério Público interpuseram recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo e deu parcial provimento recurso ministerial para condenar afastar a incidência do privilégio e condenar o

paciente GABRIEL como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/06, às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, em v. acórdão assim ementado:

> *Apelação criminal do MP e da Defesa (quatro réus). Parcial procedência do pedido punitivo, com a absolvição de todos os Acusados quanto à imputação de associação para o tráfico, a condenação do réu Gabriel (solto) como incurso nas sanções do art. 33, § 4º, da Lei nº 11343/06, e a condenação dos demais corréus (Jhonatan, Ewerton e Rodrigo - todos presos), como incursos nas sanções do art.*
>
> *33, caput, da Lei de Drogas. Recurso ministerial que, corroborando os termos da denúncia, persegue o gravame restritivo, em relação a todos os Acusados, também quanto ao delito de associação (art. 35 da LD), com o reconhecimento do imputado concurso material (CP, art.69), o afastamento do privilégio (§ 4º) concedido ao réu Gabriel, a decretação de sua prisão cautelar e o agravamento do regime prisional de todos os Acusados para a modalidade fechada. Irresignação defensiva que busca a absolvição pelo crime de tráfico, e, subsidiariamente, a incidência do privilégio em favor dos Acusados não beneficiados, a revisão da dosimetria, a concessão de restritivas, a detração penal, a fixação do regime aberto, a possibilidade de todos os Réus apelarem em liberdade e a isenção do pagamento das custas e taxa judiciárias. Mérito que se resolve parcialmente em favor da Acusação e em desfavor da Defesa. Materialidade e autoria inquestionáveis. Conjunto probatório apto a suportar parcialmente a versão restritiva, nos termos da sentença. Prova inequívoca de que os Apelantes (já conhecidos pela polícia por outras passagens) foram flagrados em plena atividade de tráfico, sendo arrecadados em poder do grupo expressiva quantidade de material entorpecente compartilhado (174,51g de cocaína), devidamente acondicionado e customizado para a pronta difusão ilícita (277 embalagens plásticas individuais), além de certa quantia em espécie (R$ 377,00), após policiais militares receberem delação informando que o elemento Rodrigo "Caldeirão" (um dos Acusados) estaria traficando no local diligenciado. Relato policial sufragado pela Súmula 70 do TJERJ. Testemunhas defensivas que não assistiram a abordagem policial. Ambiente jurídico-factual que não deixa dúvidas quanto à procedência da versão restritiva, no que concerne ao crime de tráfico de drogas. Inexistência de evidências seguras quanto ao crime do art. 35 da Lei nº 11343/06, por mais que subsistam*

elementos indicativos de um forte comércio inerente ao tráfico de drogas. Conjunto indiciário considerável em sentido contrário, mas contraposto pela inexistência de prova clara quanto ao vínculo estável e permanente, dos Réus entre si ou com outros indivíduos. Caso dos autos no âmbito do qual não foram encetadas diligências investigativas prévias (especialmente intercep tações telefônicas, usualmente deflagradas em casos como tais), de modo a apurar uma atuação verdadeiramente conjunta e solidária entre os Réus, de sorte a depurar a quem competia tal ou qual atribuição na divisão de tarefas do grupo. Orientação do STF enaltecendo que "nenhuma acusação penal se presume provada", cabendo ao Ministério Público o ônus integral de "comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado". Jurisprudência do Superior Tribunal que, no mesmo sentido, "firmou o entendimento no sentido de que, para a subsunção da conduta ao tipo previsto no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006, é necessária a demonstração 'concreta' da estabilidade e da permanência da associação criminosa", sendo inviável qualquer presunção em desfavor da Defesa. Estado de dubiedade jurídico-factual que se resolve pelo afastamento do art. 35 da Lei nº 11343/06. Concessão do privilégio que se revela incompatível com a hipótese, diante da ausência dos seus requisitos legais cumulativos, em relação a todos os Réus. Advertência de que o STJ "pacificou o entendimento segundo o qual é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica às atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06". Acusados Ewerton, Jhonatan e Rodrigo que respondem a outro(s) processo(s), também por tráfico ilícito de entorpecentes. Demais circunstâncias do evento que indicam suficiente grau de dedicação à atividade criminosa, sobretudo pela expressiva quantidade de material tóxico apreendido (277 unidades), denotando a ideia de reiteração e profissionalismo, a despeito de não ter sido possível provar estritamente a estabilidade e a permanência inerentes ao art. 35 da Lei de Drogas, situação incompatível com a premissa de criminosos neófitos, únicos destinatários deste autêntico favor legis. Benefício concedido ao réu Gabriel que, assim, deve ser cassado, a teor do recurso ministerial. Juízos de condenação e tipicidade que merecem alteração para o tipo fundamental do tráfico em relação ao réu Gabriel, decotando-se o § 4º do art. 33 da LD. Dosimetria do réu Gabriel que enseja reparo, em razão do ajuste recursal. Reprimendas dos demais Acusados que não comportam ajustes, uma vez que já restaram fixadas no mínimo legal. Pe na base do réu Gabriel que, a exemplo dos demaios, deve ser fixada no

mínimo legal. Inviável acolhimento do pedido de incidência do art. 66 do CP em favor do acusado Rodrigo, levando em conta o fato de o mesmo ser negro. Inaplicabilidade da invocada atenuante genérica na hipótese, em primeiro lugar porque não se pode aplicar a lei de maneira diferente levando em conta tão somente a raça da pessoa, e, em segundo, pela impossibilidade de se levar a pena intermediária para aquém do mínimo legal (Súmula 231 do STJ). Atenuante inominada que deve ser reservada para os casos em que exista a comprovação de circunstância excepcionalíssima relevante, acontecida antes ou depois do fato ilícito, que tenha influenciado no cometimento do crime ou positivamente na conduta do acusado, pós-crime, o que não se verifica na hipótese. Possibilidade de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea ou menoridade em favor do réu Gabriel, porém sem repercussão prática sobre a dosimetria estabelecida (Súmula 231 do STJ). Atenuante da menoridade já reconhecida pela sentença em favor do acusado, embora se erija o mesmo obstáculo de diminuição aquém do mínimo. Penas inicias de todos os Réus que, à mingua de novas operações, tornam-se definitivas, sem chance de restritivas. Regime semiaberto e exclusão das restritivas que se aplicam ao réu Gabriel, considerando o seu novo quantitativo de pena, a fim de dar-lhes compatibilidade frente aos arts. 33 e 44, I, do CP. Firme orientação do STJ enaltecendo que "a alteração do modo de execução da pena constitui consectário lógico da majoração das reprimendas, de forma que o respectivo aumento, nos limites da pretensão recursal, não impede que o órgão julgador promova a adequação do regime prisional e afaste a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos". Modalidade prisional semiaberta que deve ser mantida para os demais Acusados, atento ao volume de pena (CP, art. 33, § 2º, "b") e à disciplina da Súmula 440 do STJ. Detração penal que, a essa altura, há de ser reservada ao Juízo da VEP, que é o órgão responsável por toda a exe cução da pena e que estabelece a diretriz de unidade de processo e julgamento, resguardando-se, assim, do risco de eventuais decisões contraditórias. Inviabilidade de acolhimento do pedido visando o apelo em liberdade, seja pelo regular prolongamento da tutela preventiva, seja pela sua atual convolação em execução provisória da pena. Aplicação da decisão do Plenário do STF, a qual viabiliza a imediata execução do título condenatório, uma vez esgotada a instância ordinária por parte deste Tribunal de Justiça (ARE 964246, HC 126292-SP, ADCs 43/16 e 44/16). Pleito de isenção das custas processuais que se mostra inviável, por se tratar de questão a ser resolvida no processo de execução (Súmula 74 do TJERJ). Desprovimento do apelo defensivo e parcial provimento

do recurso ministerial, para, afastando a concessão do privilégio (art. 33, § 4°, da Lei n° 11.343/06) em relação ao réu Gabriel, redimensionar suas penas finais para 05 (cinco) anos de reclusão, em regime semiaberto, além de 500 (quinhentos) dias-multa, à razão unitária mínima, com expedição de mandado de prisão" (fls. 93-96).

Dai o presente **writ**, onde alega a impetrante, 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 aos pacientes.

Para tanto, sustenta, que *"Ao contrário do que sustenta o acórdão, a quantidade de drogas encontrada é pequena, se comparada aos padrões de apreensão por tráfico simples. O fato de terem sido presos com pequena quantidade de entorpecentes – 174,51g (cento e setenta e quatro gramas e cinquenta e um centigramas) de cloridrato de cocaína –, e em comunidade dominada pelo tráfico não permite a mera presunção de que fizessem do tráfico seu meio de vida, sob pena de incompatibilizar-se a causa especial de diminuição de pena com qualquer das condutas descritas no núcleo do tipo do artigo 33 da Lei 11.343/2006"* (fl. 7).

Afirma, ainda, que *"[...] a quantidade e qualidade de substâncias entorpecentes apreendidas não devem ser levadas em consideração neste momento da dosimetria, vez que sua apreciação deverá ser realizada na fixação da pena base e não para afastar o reconhecimento do redutor do parágrafo 4º do artigo 33 ou impedir sua aplicação na fração máxima, conforme o entendimento da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 106.135, da relatoria do Min. Gilmar Mendes, encampando a disposição do artigo 42 da Lei 11.343/2006*" (fl. 7).

Assevera, também, que *"[...] as únicas anotações que constam na FAC de Ewerton, Jhonatan e Rodrigo não apresentam trânsito em julgado, como salientado pela própria sentença e acórdão, sendo certo que alguns não foram sequer sentenciados e se não poderiam ser utilizados para valorar negativamente a conduta ou personalidade dos Pacientes, menos ainda para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º da*

Lei 11.343/06, sob pena de ferir o princípio da presunção de inocência, previsto expressamente pela Constituição Federal em seu artigo 5º, LVII e o enunciado da Súmula 444 do STJ" (fl. 8).

Por fim, aduz, que *"[...] caso o privilégio presente no artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06 venha a ser reconhecido, no tocante à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mais uma vez, atentando-se ao fato de que os Pacientes são primários, sem antecedentes criminais e o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça é plenamente admissível a substituição, por estarem cabalmente comprovados os requisitos do artigo 44 do Código Penal. Caso o redutor seja reconhecido, não se encontra, nestes autos, embasamento para ensejar impedimento a fixação de regime inicial de cumprimento da pena mais brando aos Pacientes ao qual farão jus, qual seja, regime aberto, sob pena de ferir os enunciados das Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal"* (fls. 11-12).

Requer, assim, a concessão da ordem para reconhecer a causa especial de diminuição de pena em relação a todos os pacientes, aplicando seu redutor máximo - 2/3 (dois terços) - e redimensionando-se, em igual medida, as penas pecuniárias, além de fixar o regime inicial aberto e substituindo a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Não houve pedido liminar.

Informações prestadas às fls. 133-138, 141-154 e 157-162.

O Ministério Público Federal, às fls. 164-169, manifestou-se pela parcial concessão da ordem, apenas para que seja concedida ao **quarto** paciente (GABRIEL) a redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Eis a ementa do parecer:

> *"HABEAS CORPUS. TRÁFICO. A QUANTIDADE DA DROGA, ISOLADAMENTE, NÃO JUSTIFICA O INDEFERIMENTO DA REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. A QUANTIDADE E A NATUREZA DA DROGA CONSISTEM EM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA*

A IMPOSIÇÃO DO REGIME SEMIABERTO E A NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS, AINDA QUE SE TRATE DE REU CONDENADO A PENA INFERIOR A 04 ANOS DE RECLUSÃO. AÇÕES PENAIS E INQUÉRITOS EM CURSO PODEM SER CONSIDERADOS PARA FINS DE AFERIÇÃO DA DEDICAÇÃO DO RÉU A ATIVIDADES CRIMINOSAS. RÉUS CONDENADOS A PENA SUPERIOR A 04 ANOS DE RECLUSÃO NÃO FAZEM JUS AO REGIME ABERTO, TAMPOUCO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS, DEVIDO AO NÃO ATENDIMENTO AOS REQUISITOS PREVISTOS NOS ARTS. 33, § 2, "B", E 44, I, DO CÓDIGO PENAL. PARECER PELA PARCIAL CONCESSÃO DA ORDEM, APENAS PARA QUE SEJA CONCEDIDA AO QUARTO PACIENTE A REDUTORA PREVISTA PARA O TRÁFICO PRIVILEGIADO" (fl. 164).

É o relatório.

Decido.

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 próprio (**v.g.**: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Relª. Minª. **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 n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Relª. Minª. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a

utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso especial, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Inicialmente, cumpre asseverar que 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 caso se trate 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).

Para melhor delimitar a controvérsia, destaco o seguinte excertos do v. acórdão impugnado, no que interessa à espécie:

"Noutro giro, não vislumbro razão às Defesas quando postulam a incidência do tráfico privilegiado, enquanto causa de diminuição aludida pelo § 4º do art. 33 da Lei nº 11343/06.

O primeiro obstáculo se revela por conta da avaliação da FAC dos réus Ewerton, Jonathan e Rodrigo, os quais já respondem a outro(s) processo(s), também por tráfico de drogas, ex vi de fls. 180, 183, 183v. e 187v.

Nessa perspectiva, embora ações em andamento não se prestem à caracterização de maus antecedentes ou reincidência (Súmula 444 do STJ), podem ser consideradas, em tese, como evidências do envolvimento reiterado do agente com a prática delitiva, circunstância que constitui óbice instransponível à obtenção do privilégio em questão. Confira a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

[...]

Não fosse isso suficiente, ainda remanesceria óbice fático concreto em relação a todos os Acusados, igualmente intransponível à concreção do perseguido benefício.

Deveras, o reconhecimento do chamado tráfico privilegiado pressupõe o preenchimento cumulativo de quatro requisitos legais: 1)

primariedade, 2) bons antecedentes, 3) não se dedique às atividades criminosas e 4) não integre organização criminosa (§ 4º do art. 33 da Lei nº 11343/06) (STF, Rel. Min. Luiz Fux, ROhc 20.08.2013, 1ª T., julg. em 20.08.2013). Mais detidamente, confira:

[...]

Partindo-se da premissa universal verba cum effectu sunt accipienda ("não se presumem nas leis palavras inúteis"; Maximiliano, Hermenêutica..., Forense, 11ª ed., p. 250), pode-se ver que o legislador, atuando licitamente no espectro de liberdade outorgado pela Constituição, criou novos parâmetros de consideração, os quais em nada destoam dos Princípios que regem e informam o Direito Penal Constitucional. Enfatize-se que o Supremo Tribunal Federal, avaliando a formulação de tipos incriminadores (hipótese bem mais gravosa do que a simples concessão de benefícios penais, como é o caso), já teve oportunidade de sublinhar que:

[...]

Ao lado dos tradicionais conceitos de primariedade e bons antecedentes (delineados, o primeiro, pela interpretação a contrario sensu do art. 63 do Código Penal; e o segundo, pela inteligência da Súmula 444 do STJ), os dois outros requisitos, novos, nada mais fazem do que elastecer, no âmbito da discricionariedade judicial (STF, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T., HC 108388/SP, julg. em 02.04.2013), em nada incompatível com os Postulados Constitucionais (STF, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª T., HC 105837/RS, julg. em 08.05.2012), a valoração normativa incidente sobre o histórico jurídico-pessoal do agente, de sorte a exigir, ainda que por aceitável prova indiciária (CPP, art. 239; TJERJ, Rel. Des. Marcus Basílio, 1ª CCrim, ApCrim 4401/09, julg. em 19.08.09), um perfil de retidão e probidade, que o distingue do meliante profissional.

[...]

Dentro dessa lícita valoração sobre o perfil do agente, situações como a quantidade e a diversificação das drogas apreendidas, o local do evento, a forma de difusão, dentre outras circunstâncias, podem legitimamente subsidiar o Julgador para avaliar o seu espectro de periculosidade e, por conseguinte, de ser merecedor ou não de tal benesse legal. *Confira:*

[...]

Trata-se, pois, de regra de caráter excepcional e incidência restritiva (TJERJ, Rel. Des. Suely Lopes, 8ª CCrim, ApCrim 26103-51/10, julg. em 23.11.2011), sobretudo porque a Lei nº 11343/06 estabeleceu um viés evidentemente mais gravoso se comparado com a revogada Lei nº 6368/76 (TJERJ, Rel. Des. Marcus Basílio, 1ª CCrim, ApCrim 4401/09, julg. em 19.08.09). Esta é, pois, a sempre desejável interpretação sistemática e teleológica em matéria penal (STF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, Ap 528 AgR/DF, julg. em 24.03.2011), pelo que seria um lamentável contrassenso, de evidente antinomia, aplicar-se indistintamente a minorante do tráfico privilegiado, sem o controle subjetivo que delimita sua incidência factual.

Diante de todo esse cenário, pode-se dizer que somente o

traficante comprovadamente episódico, neófito e sem nenhuma expressão de periculosidade social, pode ser destinatário desse autêntico favor legis.

Em assim sendo, vejo a que a hipótese dos autos não reúne condições capazes de autorizar a incidência do benefício, sobretudo porque, como já se acentuou, ***todos os Réus foram flagrados na posse de expressiva quantidade de entorpecente (circunstância que propositalmente não será valorada para a negativação da pena-base na revisão da dosimetria que foi estabelecida pela primeira instância (LD, art. 42) – princípio non bis in idem – cf. STF, Rel. Min. Gilmar Mendes, ARE 666334 RG/MG, julg. em 03.04.2014 STJ, Rel. Min. Sebastião Reis, 6ª T., HC 283306/SP, DJe 02.06.2014), denotando, assim, à luz das destacadas circunstâncias concretas do fato, a ideia de reiteração e profissionalismo, a despeito de não ter sido possível provar estritamente a estabilidade e a permanência inerentes ao art. 35 da Lei de Drogas.)****. Daí a palavra final do STJ:*

[...]

Não se legitimam, pois, definitivamente, como destinatários de tal favorecimento legal!

Nesses termos, expurgado o privilégio (§ 4° do art. 33 da LD), fica retificado o juízo de condenação e tipicidade em relação ao réu Gabriel, com o conseguinte redimensionamento das suas penas para 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, a exemplo dos demais Acusados, que também tiveram suas reprimendas fixadas no mínimo legal. Por tais razões, nada tenho a prover no particular" (fls. 112-118, grifei).

Nos trechos acima colacionados, verifica-se que o v. acórdão impugnado manteve o afastamento da redutora em razão dos pacientes EWERTON, JHONATAN e RODRIGO figurarem como réus em processos criminais que versam sobre tráfico de drogas, bem como em razão das circunstâncias em que se deu a prisão dos pacientes e da expressiva quantidade de drogas apreendidas, o que reforça a tese de **dedicação a atividades criminosas**, inclusive para em relação ao paciente GABRIEL.

Ademais, a Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n. 1.431.091/SP, em sessão realizada no dia 14/12/2016, firmou orientação no sentido de que inquérito policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, por indicarem que o agente se dedica a atividades criminosas, nos termos do v. acórdão assim ementado:

"PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ARTIGO 33, §4º, DA LEI 11.343/06. REQUISITOS CUMULATIVOS. DEDICAÇÃO ATIVIDADE CRIMINOSA. UTILIZAÇÃO INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAIS. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO DO RECURSO.

I - O benefício legal previsto no §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 pressupõe o preenchimento pelo Réu de todos os requisitos cumulativamente, sendo eles: i) primariedade; ii) bons antecedentes; iii) não dedicação em atividade criminosa; iv) não integrar organização criminosa.

II - O crime de tráfico de drogas deve ser analisado sempre com observância ao mandamento constitucional de criminalização previsto no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, uma vez que se trata de determinação do constituinte originário para maior reprimenda ao delito, atendendo, assim, ao princípio da vedação de proteção deficiente.

III - Assim, é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica à atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06 IV - In casu, o Tribunal de Justiça afastou a causa de diminuição de pena mencionada em virtude de o Réu ostentar condenação por tráfico de drogas não transitada em julgado, considerando que ele se dedica à atividade criminosa por não desempenhar atividade lícita, bem como porque "assim que saiu da cadeia, voltou a praticar o mesmo delito". *Embargos de divergência providos para prevalecer o entendimento firmado no acórdão paradigma, restabelecendo o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça"* (EREsp n. 1.431.091/SP, **Terceira Seção**, de **minha relatoria**, DJe de 1º/2/2017 - grifei).

Nesse mesmo sentido, o seguinte precedente:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA DE 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. EXISTÊNCIA DE FEITOS CRIMINAIS EM CURSO. CONCLUSÃO ACERCA DA

DEDICAÇÃO DO PACIENTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. POSSIBILIDADE. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ORDEM CONCEDIDA, EM MENOR EXTENSÃO.

1. Não há falar em bis in idem na dosimetria da pena, haja vista que a exasperação da pena-base deu-se em razão da quantidade e natureza das substâncias entorpecentes apreendidas, e a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por sua vez, foi negada por entenderem as instâncias de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, motivos diversos, pois.

2. Consoante entendimento perfilhado pela Sexta Turma Corte nos autos do HC n.º 358.417/RS, "fatos criminais pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem, salvo hipóteses excepcionais, embasar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado quando permitam concluir a vivência delitiva do agente, evidenciando a dedicação a atividades criminosas". Dessa forma, não há falar em ilegalidade, na espécie, tendo em vista que a benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 foi negada por entenderem as instâncias de origem que o paciente era renitente em atividades criminosas. Ressalva do entendimento da Relatora. *[...]*

4. Habeas corpus concedido, em menor extensão, a fim de que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado e a fundamentação referente à gravidade in abstrato do delito de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal" (HC n. 380.402/SP, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 2/3/2017 - grifei).

Ademais, rever o entendimento do eg. Tribunal de origem para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**.

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ***TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DA DROGA E CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA ALIADA A OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO.*** *PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO DELITO. AUMENTO DESPROPORCIONAL. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A OITO ANOS DE RECLUSÃO. CONCURSO MATERIAL. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]*

2. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

3. Hipótese em que as instâncias ordinárias, atentas as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59 do CP, consideraram, além da expressiva quantidade de droga apreendida (80,6 kg de maconha), as circunstâncias graves do delito (o transporte de droga "nos mesmos veículos em que levavam seus filhos, todos crianças, sendo uma delas autista", expondo-as da pior forma possível, a presenciarem as prisões dos acusados e a apreensão da droga, além de terem ficado na delegacia aguardando o socorro de algum familiar) para elevar a pena-base, pelo crime de tráfico de entorpecentes, em metade (7 anos e 6 meses de reclusão), o que não se mostra desproporcional.

[...]

6. Concluído pelas instâncias ordinárias, com fulcro na expressiva quantidade de entorpecente encontrado, assim como nas demais circunstâncias do delito, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a alteração desse entendimento - a fim de 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).*

[...]

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, tão-somente, reduzir a pena-base pelo delito de porte ilegal de arma de fogo, tornando-a definitiva em 2 anos e 4 meses de reclusão mais 11 dias-multa" (HC 372.973/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe 23/2/2017, grifei).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ***TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DAS DROGAS APREENDIDAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO PRIVILEGIADO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ELEVADA QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. CIRCUNSTÂNCIA QUE DENOTA A DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES ILÍCITAS. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRIMADO DO NE BIS IN IDEM. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS QUE, APESAR DE TEREM JUSTIFICADO A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE, NÃO DEFINIRAM A FRAÇÃO REDUTORA DO PRIVILÉGIO, MAS APENAS IMPEDIRAM O SEU RECONHECIMENTO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.*** *HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

[...]

- 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.

- No caso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade elevada e variada dos entorpecentes apreendidos, estando, portanto, em consonância ao dispositivo legal mencionado.

- Nos termos do art. 33, § 4º, 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 organização criminosa. Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga

apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

- Não há bis in idem quando o Tribunal a quo fixa a pena-base acima do mínimo por conta da quantidade elevada da droga apreendida e afasta a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação da paciente à atividade criminosa. Precedentes.

- Hipótese em que inexiste coação ilegal no não reconhecimento do tráfico privilegiado pelas instâncias de origem, com base no fato de os pacientes dedicarem-se às atividades criminosas, ante a quantidade elevada e variada das drogas apreendidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito, notadamente agravadas diante da apreensão de dinheiro, munição e rádio comunicador, elementos aptos a justificar o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. *Alterar tal entendimento importa em revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes.*

- Habeas corpus não conhecido" (HC 379.203/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 10/2/2017, grifei).

Em relação ao regime inicial de cumprimento de pena dos pacientes, considerando o **quantum** (5 anos), a primariedade dos agentes e a inexistência de circunstância judicial desfavorável, adequado o modo **semiaberto** para o início da expiação, nos termos do art. 33, § 2º, "**b**", do Código Penal.

Por fim, fixada pena superior a 4 (quatro) anos de reclusão, não há se falar em substituição da corporal por restritiva de direito, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

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

P. e I.

Brasília (DF), 09 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator