**HABEAS CORPUS Nº 458.336 - SP (2018/0168401-0)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATOR** | **:** | **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK** |
| IMPETRANTE | : | DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| ADVOGADOS | : | DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO<br>RENATO ISNARD KHAIR - SP127872 |
| IMPETRADO | : | TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE | : | LUCIANO PIRES DOS SANTOS |

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar impetrado em favor de LUCIANO PIRES DOS SANTOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, a 5 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do delito de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06).

O Tribunal *a quo* negou provimento à apelação da defesa.

No presente writ, o impetrante sustenta que o paciente preenche todos os requisitos necessários à aplicação do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas; do regime aberto e da substituição da pena por medidas restritivas de direitos.

Requer a concessão da ordem nesses termos, inclusive em liminar.

Indeferida a liminar às fls. 31/33, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* e, sucessivamente, pela denegação da ordem (fls. 70/73).

É o relatório.

Decido.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

No caso, o paciente foi preso em flagrante com 56 invólucros plásticos de maconha (pesando aproximadamente 48,7 gramas), 22 pinos de cocaína (com peso aproximado de 30,3 gramas) e 63 pedras de crack (com peso líquido de 12,1 gramas).

Em primeiro grau, a pena foi fixada nos seguintes termos:

> *[...]*
> *Doso as penas.*
> *Iª fase*
> *Considerando a diretriz do art. 59 do Código Penal, a primariedade técnica e antecedentes do réu, o resultado e conseqüências do crime, normais se comparados a casos análogos, o grau de culpa, fixo a pena-base no mínimo, ou seja, cinco (5) anos de reclusão e quinhentos (500) dias-multa.*
> *2ª fase*
> *Não há circunstâncias atenuantes e agravantes.*
> *3ª fase*
> *O réu, conforme dito, é primário tecnicamente, além disso, de bons antecedentes, todavia, pelo local em que estava, quantidade de droga (repita-se - 141 unidades variadas de entorpecente), dedica-se às atividades criminosas e não se pode descartar integrar organização criminosa, dessa maneira, não incide o disposto no art. 33, parágrafo 4º, da Lei de Tóxicos.*
> *Não há outras causas de diminuição para serem avaliadas e de aumento.*
> *Pena final*
> *A pena acima é definitiva, pois mais nada a modifica.*
> *Regime de pena*
> *O regime da pena privativa da liberdade deve ser inicial fechado.*
> *O Legislador, no art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal (CF) promulgada em 05.10.1988, afirmou que a lei considerará inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, dentre outras infrações penais, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, pelo delito respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-lo, se omitirem. Recorde-se que a norma está inserta no Título II, "Dos direitos e garantias fundamentais", capítulo I, "Dos direitos e deveres individuais e coletivos". Ou seja, c direito de todos que exista lei que não preveja a fiança para o traficante, tampouco, possa-lhe conceder graça ou anistia. Não existe qualquer distinção no que tange ao agente do delito: ele pode ser adulto, adolescente ou criança. Quando a lei, a Carta Magna não deixa de ser uma "lei", hierarquicamente superior a outras, não distingue não pode o intérprete distinguir, em princípio (MAXIM1LIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 246-247). Desejou-se tratar com maior rigor o tráfico de drogas, pelas danosas conseqüências que causa à família e à sociedade, tais como: vício de um jovem e destruição de sua vida, pela necessidade de sempre suprir a ausência de droga; levar a quem dela necessite a subtrair bens, clandestinamente, com grave ameaça ou violência, mesmo que seja algum familiar o vitimado, para venda e posterior aquisição do entorpecente; observar pessoas com sentimento de insegurança e*

*impunidade quando vêem um traficante conhecido, mesmo de pequena atividade, agindo, sem ser reprimido. A preocupação com a realização do crime reflete-se no confisco dos bens usados ou produtos de sua concretização (art. 243 e parágrafo único, da Lei Teto).*

*[...]*

*O acusado praticou delito grave, tráfico de entorpecentes, combatido em escala mundial, pelas conseqüências danosas que causa à sociedade, primordialmente quando* ***a quantidade não é desprezível: 141 unidades de droga.***

*Acresce ponderar que a concessão de regime aberto ou semiaberto ao autor de tráfico ilícito de substância entorpecente desvitaliza a eficácia intimidante da pena.*

***Pode o juiz determinar o cumprimento da pena em regime fechado, tendo em vista a periculosidade do agente na prática do crime, uma vez que a concessão de regime mais brando é mera faculdade conferida ao julgador, conforme interpretação do art. 33. § 2º, b, do CP*** *(STJ, Resp 164.852-SP, 6ª T. j. 9.6.98, Rei. Min. Anselmo Santiago, in Revista dos Tribunais 759:584).*

*Dessa maneira, não é apropriado substituir a pena privativa da liberdade por pena restritiva de direitos. Em caso contrário, ficaria com sentimento de impunidade em seu espírito,dificultando a apreensão da extensão da atitude ilícita. Some-se a isso que o "quantum" da pena não permite a benesse solicitada pela douta Defensoria Pública.*

*Com a nova redação do art. 387, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, na detração, pode ser feita escolha do regime. No caso, o tempo de prisão, suas condições objetivas e subjetivas, já comentadas, são sopesadas, deixando-se no regime eleito; acrescente-se que se houvesse execução, provisória ou definitiva, esse juízo seria feito, necessariamente, sob pena de ter-se apenas uma operação aritmética, que não convém. Exige-se uma resposta pouco mais rigorosa, para não se desdenhar a extrema repulsa desse tipo de infração penal, que tem seu índice aumentado na cidade de São Paulo, tão à mercê da insegurança, conforme noticiado pela mídia. Não há critica nesta assertiva, apenas a retratação do que vem ocorrendo. Não se quer, com o regime mais severo, consertar o "status quo" ou o porvir, apenas contribuir para a individualização real da sanção penal, com vista a uma prognose mais eficaz (fls. 13/18).*

O acórdão do Tribunal de origem, por sua vez, manteve a sentença condenatória em sua integralidade, sob os seguintes fundamentos:

*[...]*

*Consta dos autos que. no dia 28 de outubro de 2015, às 18h30min. na Rua Eloy Eppinger, n° 10. Ckiade Dutra, nesta Capital, LUCIANO PIRES DOS SANTOS trazia consigo, para fins de comércio, 56 invólucros de maconha, pesando 48,7g, 22 pinos de cocaína, pesando 30,3g o 63 pedras de crack. pesando 12,1g, substancias entorpecentes*

*que causam dependência física e psíquica. sem autorização e em desacordo com as disposições legal e regulamentar.*

*Apesar do esforço dispendido em seu apelo, as provas contidas nos autos não deixaram margens para dúvida acerca da prática de tráfico de drogas pelo recorrente.*

*Na polícia. Luciano preferiu permanecer em silêncio (fls. 7). Em juízo, negou a prática delitiva. dizendo que estava no local para a compra de entorpecentes, pois é usuário de drogas (mídia de fls. 85).*

*Contudo, sua escusa judicial está isolada nos autos e é insuficiente para afastar a imputação de tráfico.*

*Com efeito, os policiais militares Ramon Bernards Silva (fls. 3 e mídia de ffs. 85) Carlos Eduardo Ribeiro Corrêa (fls. 5 e mídia de fls. 85) trouxeram versões coerentes e seguras para o ocorrido. Eles afirmaram, em uníssono, que estavam em patrulhamento pelo local, conhecido como ponto de tráfico de drogas, quando visualizaram o réu e outro rapaz em atitude suspeita. Decidiram abordá-los e com o recorrente encontraram duas pochetes, contendo maconha, cocaína e crack. Contaram que nada foi encontrado com o rapaz que o acompanhava, mas que ele confessou estar lá para comprar maconha. Disseram que o apelante confessou a vil mercancia.*

*No caso em análise, não há motivos para se desconsiderar os depoimentos prestados pelos agentes da lei, mormente quando firmes e coesos, anotando-se que a Defesa não produziu nenhuma prova concreta a indicar que eles teriam algum motivo para acusar os réus injustamente.*

*Não é demais ressaltar que a jurisprudência é pacífica no sentido de que tal meio de prova é tão eficiente quando os demais:*

*[...]*

*Deste modo, não há que se falar em fragilidade do conjunto probatório, pelo que bem lançada a condenação.*

*Por outro lado, inviável a desclassificação para o crime tipificado no artigo 28 da Lei 11.343/06. pois o fato de o agente alegar ser usuário, não exclui, por si só, a condição de traficante, ainda mais quando apreendida quantidade de drogas incompatível com o consumo pessoal, somado ao fato de que. não obstante tenha tido oportunidade, não comprovou, a contento, que os entorpecentes apreendidos fossem exclusivamente para uso próprio.*

*Ao demais, é do conhecimento geral que a maioria dos réus que se envolve no tráfico, busca satisfazer o próprio vício, recebendo, muitas vezes, porções de tóxicos como forma de pagamento pela mercancia ilícita que praticam.*

*No que tange à aplicação da reprimenda, a r. sentença também não merece reparo.*

*A basilar foi fixada no mínimo legal, ou seja. 5 anos de reclusão, além do pagamento de 500 dias-multa. no piso.*

*A seguir, não é caso de aplicar o redutor previsto no § 4º do artigo 33, da Lei de Drogas.*

*Isso porque, o legislador atribuiu ao Juiz a faculdade de concessão do benefício. Assim, por critérios objetivos e também*

*subjetivos, contido nos autos, há que se estabelecer as condições impostas na Lei. A finalidade da concessão do beneficio é diferenciar o infrator contumaz e renitente daquele pequeno traficante ocasional, que faz da mercancia o sustento do seu vício.*

***Por essa razão, não apenas a quantidade e variedade de droga apreendida (56 porções de maconha, 22 pinos de cocaína e 63 pedras do crack) é o indicativo de traficância estabilizada, organizada, mas também outros fatores como, no presente caso, o local conhecido como ponto de tráfico de drogas e a presença de usuário que estava a comprar estupefaciente com o recorrente.***

*O regime inicial fechado é o adequado e suficiente ao caráter preventivo e repressivo da reprimenda, não se ouvidando que a traficância é mola propulsora da criminalidade que assola o país, uma vez que o usuário, na ânsia de sustentar seu vício, pratica toda sorte de delitos, abalando consequentemente toda a sociedade.*

*Nenhum reparo, pois, merece a r. sentença proferida pelo douto juízo a quo, que deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.*

*Ante o exposto, nega-se provimento ao apelo* (fls. 23/25).

Na hipótese, quanto à causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para não aplicá-la ao caso concreto estão em consonância com o entendimento desta Corte, afinal, a quantidade e variedade de entorpecente apreendido em seu poder **(56 invólucros plásticos de maconha, pesando aproximadamente 48,7 gramas; 22 pinos de cocaína, com peso aproximado de 30,3 gramas; e 63 pedras de *crack*, com peso líquido de 12,1 gramas)**, bem como o fato de ter sido preso em local conhecido como ponto de venda de drogas, demonstram que o tráfico era seu meio de vida.

Nesse sentido:

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA APREENDIDA. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. WRIT NÃO CONHECIDO.*

*1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do*

*recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.*

*2. 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 (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).*

*3. Concluído pelas instâncias antecedentes, com base na quantidade e na diversidade das drogas (22 porções de maconha; 81 pinos plásticos de cocaína e 66 invólucros de crack), assim como no fato de ter sido o agente preso em local conhecido como ponto de venda de drogas, que o paciente se dedica à atividade criminosa, a modificação 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).*

*4. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.*

*5. Embora o paciente seja primário e a pena aplicada seja de 5 anos de reclusão, o regime fechado é o adequado para prevenção e reprovação do delito, diante da quantidade e da variedade de droga apreendida. (Precedente)*

*6. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do atendimento do requisito objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.*

*7. Habeas corpus não conhecido (HC 369.636/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 15/03/2017).*

*AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO DO AGENTE A ATIVIDADE CRIMINOSA. ELEMENTOS CONCRETOS DELINEADOS NO ACÓRDÃO RECORRIDO. REVALORAÇÃO DA PROVA. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. AGRAVO NÃO PROVIDO.*

*1. A situação fática delineada no acórdão recorrido, segundo a qual houve a apreensão de uma balança de precisão, duas facas com o agravante, e o relatório de vida pregressa do réu, dando conta de que ele usava sua casa como ponto de venda de drogas, onde inclusive permitia o consumo pelos clientes no local, são elementos concretos que evidenciam sua dedicação à atividade criminosa, o que torna inviável a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.*

*2. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, em razão*

*da valoração negativa das circunstâncias do delito (expressiva quantidade de droga apreendida - 514,3 g de maconha), o regime inicial mais gravoso (fechado) é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva, ainda que o réu seja primário e a pena tenha sido estabelecida entre quatro e oito anos de reclusão, de acordo com os arts. 33, § 2º e 3º, do CP e 42 da Lei de Drogas.*

*3. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1360997/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 18/12/2015).*

Ademais, 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*. Confira-se, a propósito, o seguinte julgado:

*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).

Quanto ao regime inicial, a jurisprudência desta Corte pacificou entendimento no sentido de que a quantidade e a natureza da droga apreendida, constituem fundamentos idôneos para o agravamento do aspecto qualitativo da pena, ou seja, para a fixação de regime mais gravoso.

Confiram-se os seguintes julgados:

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. MOTIVAÇÃO CONCRETA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.*

*1. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.*

*2. Embora a reprimenda final seja 6 anos e 9 meses de reclusão, escorreita a eleição do regime inicial fechado, porquanto as circunstâncias do caso em testilha demonstram que regime inicial mais brando não seria suficiente para a reprovação e a prevenção dos delitos em comento, tendo em vista a quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas e a natureza altamente lesiva de duas delas - 1.360g de maconha, 140g de crack e 55g de cocaína (art. 42 da Lei n.º 11.343/06) -, o que ensejou, inclusive, a fixação da pena-base do delito de tráfico acima do mínimo legal. Motivada de maneira concreta a imposição do regime inicial fechado, não há falar em constrangimento ilegal.*

*3. Habeas corpus denegado* (HC 405.812/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 15/02/2018).

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. INVIABILIDADE DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

*[...]*

*4. 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.*

*5. O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.*

*6. No caso, a quantidade e natureza da droga apreendida justifica a fixação do regime fechado.*

*5. Habeas corpus não conhecido* (HC 408.684/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 13/12/2017).

Por fim, mantida a pena final em patamar superior a 4 anos de reclusão, resta prejudicado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, afinal, o paciente não preencheram o requisito objetivo para alcançar o benefício.

Quanto ao tema, os seguintes julgados:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. 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. READEQUAÇÃO DO REGIME INICIAL. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS JÁ NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PREJUDICADO. REPRIMENDA MANTIDA ACIMA DE 4 (QUATRO) ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
>
> *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*
>
> *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 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).*
>
> *III - No caso, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada nas circunstâncias que envolveram a prisão e na quantidade de droga apreendida, além da apreensão de balanças de precisão e diversos utensílios utilizados para embalar entorpecentes. Assim, o eg. Tribunal a quo se convenceu de que o paciente se dedicava, efetivamente, às atividades criminosas, porque não se tratava de traficante ocasional.*
>
> *IV - Rever o entendimento das instâncias ordinárias para fazer incidir a causa especial de diminuição demanda, necessariamente,*

*amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus.*

*V - No que tange ao regime inicial de cumprimento de pena, embora v. acórdão impugnado o tenha fixado com base na hediondez do delito, a quantidade de droga (cocaína e crack) foi considerada desfavoravelmente ao paciente já na primeira fase da dosimetria. Desse modo, fixada a pena acima de 4 anos e existindo circunstância judicial desfavorável, fica afastada a possibilidade de fixação do regime diverso do fechado, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, do art. 42 da Lei n. 11.343/06.*

*VI - **Mantida a pena cominada ao paciente em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, resta prejudicado o pedido de substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, pois não preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 44 do Código Penal.***

*Habeas Corpus não conhecido (HC 442.215/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 15/06/2018).*

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DA DROGA E PERSONALIDADE DESVIRTUADA UTILIZADAS PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. QUANTIA, ESPÉCIE E VARIEDADE DOS ENTORPECENTES. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.*

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

*2. 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.*

*3. Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do delito, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, para afastar a aplicação da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.*

*4. Hipótese na qual as instâncias ordinárias, de forma motivada, atentas as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, consideraram*

*para modular o benefício a quantidade, a natureza e a diversidade das drogas apreendidas - 113 porções de maconha (165,4g) e 331 pedras crack (31,9g) -, exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria da pena, destacando, ainda, a personalidade voltada a práticas criminosas, demonstrada no fato de ter passagens por atos infracionais e por estar em liberdade provisória pelo cometimento do mesmo delito na semana anterior. Portanto, não se mostra desproporcional a fração de 1/6 aplicada. Precedentes STJ e STF.*

*5. Embora o paciente seja primário e pena tenha sido estabelecida em 4 anos e 2 meses de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado para a reprovação do delito, tendo em vista a quantia, a espécie e a variedade das drogas, nos exatos termos dos arts. 42 da Lei de Drogas c/c o art. 59 e 33 do Código Penal.*

*6.* ***É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do atendimento do requisito objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.***

*7. Habeas corpus não conhecido (HC 425.870/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 20/06/2018).*

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS QUE APONTAM DEDICAR-SE O PACIENTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO.*

*TAREFA INVIÁVEL NESTA ESTREITA VIA. TRIBUNAL QUE APLICOU O REGIME FECHADO EM RAZÃO DA GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. GRANDE QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 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.*

*- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso*

*concreto.*

*- Hipótese em que o Tribunal de origem deixou de aplicar o redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão da quantidade, da natureza e da variedade de entorpecentes apreendidos, bem como pelas circunstâncias em que o delito ocorreu, em um conhecido ponto de tráfico, o que demonstra sua dedicação às atividades criminosas.*

*- Considerando-se a gravidade concreta da conduta, a qual foi enfatizada pelo Tribunal a quo, ante a quantidade elevada da droga apreendida, há fundamentação concreta que recomenda a aplicação do regime inicial mais gravoso para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal.*

*Precedentes.*

***- Uma vez inalterada a pena corporal, pois mantido o não reconhecimento do tráfico privilegiado, fica prejudicado o pleito de substituição da pena corporal, visto que o montante da pena não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal.***

*- Habeas corpus não conhecido (HC 451.755/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 15/06/2018)*

Não verifico, portanto, a existência de qualquer flagrante ilegalidade que justifique a concessão da ordem de ofício.

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

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 12 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator