HABEAS CORPUS Nº 502.459 - SP (2019/0095075-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	GLAUCO HENRIQUE TEOTONIO DA SILVA E OUTRO
ADVOGADOS	:	BRUNA CAROLINA SILVA - SP0388048
		GLAUCO HENRIQUE TEOTONIO DA SILVA - SP374454
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	LUAN HENRIQUE GABRIEL DE OLIVEIRA

DECISÃO

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de LUAN HENRIQUE GABRIEL DE OLIVEIRA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal n. 0002367-24.2017.8.26.0544.

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (tráfico ilícito de entorpecentes privilegiado), à pena de 2 anos de reclusão em regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direito, e ao pagamento de 200 dias-multa.

Irresignada, a acusação interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual, por unanimidade, deu provimento ao recurso para 1) cassar o redutor do § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06; 2) fixar o regime inicial fechado e, por consequência, elevar a pena do paciente a 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, afastada a substituição por restritivas de direitos e ao pagamento de 500 dias-multa (fls. 91/98).

Opostos embargos de declaração pela defesa, restaram rejeitados (fls. 146/152).

No presente *mandamus*, alega que o regime inicial deve ser o semiaberto, tendo em vista o *quantum* de pena, ser o paciente primário e a pena-base ter sido fixada no mínimo legal.

Subsidiariamente, requer a aplicação da minorante prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06, em seu grau máximo, sustentando ser o paciente primário, de bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas e nem integra organização criminosa.

Pondera que, aplicado o redutor no patamar máximo de 2/3, é imperiosa a fixação do regime prisional aberto, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Requer, em liminar, a expedição de salvo conduto em favor do paciente. No mérito, busca a fixação do regime semiaberto. Subsidiariamente, pleiteia a incidência da minorante na fração de 2/3, a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Indeferido o pedido liminar (fls. 155/156), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (fls. 159/166).

É o relatório. Decido.

Nos termos da jurisprudência desta Corte, o presente *habeas corpus* não merece ser conhecido, pois impetrado em substituição ao recurso próprio (cf.: HC 358.398/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 09/08/2016). Embora seja possível a concessão da ordem, de ofício, se constatada a existência de manifesta ofensa à liberdade de locomoção do paciente, essa não é a hipótese dos autos, conforme passo a expor.

No caso, o paciente foi preso em flagrante na posse de 1 porção de cocaína, 12 porções de crack e 5 porções de maconha, processado e condenado por tráfico de drogas. A causa de diminuição de pena não foi aplicada pelo Tribunal de origem sob os seguintes fundamentos (fls. 95/96):

> **Acórdão:**
> *"[...]*
> *Passa-se à dosimetria das penas.*
> *As bases ficaram adequadamente assentadas nos mínimos de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, pois a quantidade de drogas apreendidas (12 porções de crack, com peso de 2,3 gramas; 01 porção de cocaína, com peso de 0,6 gramas; e 05 porções de maconha, com peso de 14,8 gramas) não era exorbitante (embora relevante) a ponto de, por si só, exasperá-las.*
> *Na segunda etapa, apesar da menoridade relativa (fl. 22 ou 59) e da confissão, as penas permaneceram inalteradas, porquanto estas atenuantes genéricas não tem o condão de reduzir as penas-base aquém dos patamares (Súmula n° 231 do C. STJ).*
> *Na derradeira etapa, as sanções foram reduzidas em 3/5 (três quintos) por força do redutor do § 4º do artigo 33 da Lei n° 11.343/06. Todavia, resguardada a preclara convicção da d. Magistrada, assiste razão ao Ministério Público em seu apelo para afastar o benefício, porquanto os requisitos legais, restritivos e cumulativos, da benesse não são a "quantidade ou a qualidade" das drogas (circunstâncias que devem ser consideradas somente na fase da fixação das penas-base - vide art. 42 da Lei 11.343/06), mas sim a avaliação, com base nas provas, se o acusado é "primário", "de bons antecedentes", "não integre organização*

criminosa" e "não está envolvido com atividades criminosas" (§ 4º, segunda parte, do art. 33 da Lei 11.343/06). Nesta ação penal, com clareza solar, o apelante "está envolvido com atividades criminosas" porque, trazia consigo 12 porções de crack, com peso de 2,3 gramas; 01 porção de cocaína, com peso de 0,6 gramas; e 05 porções de maconha, com peso de 14,8 gramas (pesos líquidos conforme laudos de fls. 131, 133 e 135), além de dinheiro, circunstâncias concretas que, no mínimo, levam à conclusão de que, com habitualidade, recebe os entorpecentes (mediante compra ou consignação) do grande traficante para, na seqüência, comerciá-los no varejo em porções. Ademais, não se olvide que a benesse tem natureza excepcional - e não regra geral - e assim deve ser tratada, sob pena de indevido esvaziamento das sanções em abstrato cominadas para o delito de tráfico de entorpecentes tipificado no caput, aliás, ainda equiparado a hediondo (STF-HCn°122594/SP-PrimeiraTurma- Rel. Ministra RosaWeber -J.23.09.2014- Dje07.10.2014 STJ-AgRgno AREsp 359220/MG - Sexta Turma - Rei. Maria Thereza de Assis Moura - J. 03.09.2013 - DJe 17.09.2013; TJSP - Apelação n° 0027092-46.2013.8.26.0050 - 15ª Câmara de Direito Criminal - Relator J. Martins- J. 08.05.2014).

Destarte, as penas perfazem definitivamente 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

O regime inicial deve ser alterado para o fechado - nos limites deduzidos pelo Ministério Público - pois no caso sub judice a gravidade concreta da conduta - já minuciosamente analisada - desautoriza o estabelecimento de regime prisional mais brando (ct. artigo by, Ml; c.c. artigo 33, § 3º, do Código Penal)."

Os trechos acima demonstram que a Corte de origem, com base nas provas produzidas na instrução criminal, na quantidade, a variedade e a nocividade da droga apreendida, bem como a partir das circunstâncias nas quais foi apreendida, elementos que indicam a dedicação do paciente à atividades criminosas, concluiu pelo não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n.11.343/2006. Afirmar o contrário exige o revolvimento de matéria fática, o que vedado em *habeas corpus*.

A propósito:

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. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO

PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Os requisitos legais para a incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas são agente reconhecidamente primário, com bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

3. Concluído pelas instâncias ordinárias, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e na natureza da droga apreendida, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, 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. Mantido o quantum da sanção imposta (5 anos de reclusão), é incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal), assim como a alteração do regime prisional para o aberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", do CP.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 330.342/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 27/4/2016)

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. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS E INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

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 da substância entorpecente apreendida - 514,3 kg de cocaína - , 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 e integrava organização criminosa, motivos diversos, pois.

2. Concluído pelas instâncias ordinárias, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades

criminosas e integrava organização criminosa, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

3. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

4. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, com base nas circunstâncias do caso concreto, considerando-se a quantidade e a natureza da droga apreendida - 514,3 kg de cocaína (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 353.208/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 29/04/2016)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS IDÔNEAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. [...] CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.

2. Rever o entendimento externado pela Corte de origem para o fim de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 demandaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, inviável em sede de habeas corpus.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto (HC 344.751/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 19/04/2016).

Por último, a quantidade e natureza da droga demonstram a gravidade

concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena.

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.* ***MAIOR GRAVIDADE DO DELITO EM RAZÃO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS.*** *112 PORÇÕES DE COCAÍNA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
>
> *[...]*
>
> *- Não obstante fixação da pena-base no mínimo legal e a aplicação da reprimenda definitiva em patamar inferior a 4 anos de reclusão, a conclusão de que a substituição da pena por restritiva de direitos não se mostrava socialmente recomendável foi concretamente justificada em função do grau de reprovação da conduta do acusado, evidenciada pelo alto potencial ofensivo e a elevada quantidade de droga apreendida - 112 (cento e doze) porções de cocaína.*
>
> *- Pela mesma razão, mostra-se possível a imposição do regime inicial fechado, ainda que a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, uma vez que* ***o magistrado possui a discricionariedade de agravar somente o aspecto qualitativo da pena, observado o art. 42 da Lei n. 11.343/06, que prepondera sobre o art. 59 do Código Penal.***
>
> *Habeas corpus não conhecido.*
>
> (HC 300.274/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2015, DJe 06/11/2015).

> *[...] TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INADEQUAÇÃO DA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CONDENAÇÃO SEM TRÂNSITO EM JULGADO. SOPESAMENTO PARA A ELEVAÇÃO DA REPRIMENDA NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444 DESTE STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. CONCESSÃO DE OFÍCIO.*
>
> *[...]*
>
> ***REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME.*** *MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO.* ***ELEVADA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA****. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.*
>
> *1. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.*

2. ***Na espécie, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas justificam a imposição do regime prisional mais severo. Precedentes.***

3. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena-base ao mínimo legal, sem reflexo, contudo, na reprimenda final.

(HC 340.991/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 08/06/2016).

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

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 12 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator