HABEAS CORPUS Nº 497.717 - SP (2019/0068247-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	DAVI PEREIRA REMEDIO
ADVOGADO	:	DAVI PEREIRA REMÉDIO - SP289517
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	CRISTIAN DOUGLAS SILVA DE SOUZA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de CRISTIAN DOUGLAS SILVA DE SOUZA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0000021-79.2017.8.26.0551.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

No julgamento da apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa, mantendo incólume a sentença condenatória

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que não houve fundamentação idônea na fixação do regime prisional fechado, em descompasso com o entendimento preconizado nos Enunciados Sumulares 718 e 719 da Suprema Corte e 440/STJ.

Requer, ao final, o abrandamento do regime prisional para o semiaberto.

A liminar foi indeferida às fls. 335-337.

As informações foram prestadas às fls. 357-361.

O MPF, às fls. 363-367, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

Cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, não sendo cabível a impetração de *habeas corpus* em substituição aos recursos e ações cabíveis, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

No que concerne ao regime prisional fixado, colhe-se do acórdão recorrido (e-STJ fls. 24-25):

> *"Finalmente, quanto ao regime prisional imponível à espécie, correta a estipulação da modalidade inicial fechada, tal como operado em Primeira Instância, por três razões principais: a uma, porque foi determinada de forma precisa, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal, a duas, porque guarda plena sintonia com a gravidade do caso concreto, perniciosidade das*

> *substâncias apreendidas, e, ainda, com as seríssimas consequências deste delito, o qual atenta contra a saúde pública e dissemina o vício, contribuindo com a degradação da pessoa, da família e do convício social, e a três, pela reincidência do agente."*

Na presente hipótese, verifica-se que não obstante a pena final cominada seja inferior a 8 (oito) anos, a manutenção do modo fechado é medida que se impõe pelo fato de o paciente ser reincidente, o que impede a fixação do modo intermediário para o resgate da sanção reclusiva, nos termos do art. 33, § 2º, letra b e § 3º, do Código Penal.

Nesse sentido:

> *"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. PRECEDENTES 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. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. DESCABIMENTO. CONDENAÇÃO DEFINITIVA POR TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO ADEQUADO (ART. 33, §2º, B, §3º, CP). SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIAS DE REQUISITOS DO ART. 44, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. WRIT 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 ofício.*
>
> *II - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e 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 - A jurisprudência da Quinta Turma deste Tribunal Superior se firmou no sentido de que o efeito devolutivo da apelação*

autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar acerca da dosimetria, regime inicial e demais questões relativas às peculiaridades do crime, a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, seja para manter ou reduzir a sanção final imposta ou para abrandar o regime inicial.

IV - Na hipótese, o v. acórdão impugnado fundamentou o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que a paciente dedicava-se a atividades criminosas (traficância), em razão da quantidade de droga apreendida e nas circunstâncias em que se deu a apreensão dos entorpecentes. Tudo isso, são elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Rever o entendimento do eg. Tribunal de origem para fazer incidir a causa especial de diminuição, como reclama o impetrante, demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus.

*V - **O regime inicial adequado à hipótese é o inicial fechado, nos termos do art. 33, § 2º, b e § 3º, do Código Penal. Isso porque, conforme já minuciosamente exposto pelo v. acórdão impugnado, o paciente é possuidor de condenação definitiva por tráfico de drogas e foi condenado a pena superior a quatro anos.***

VI - 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.

Habeas Corpus não conhecido.

(HC 494.703/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 09/04/2019, DJe 12/04/2019)"

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. SÚMULA 7/STJ. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU REINCIDENTE. NÃO CABIMENTO. VIOLAÇÃO DO ART. 35 DA LEI N. 11.343/2006. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO VÍNCULO ASSOCIATIVO. RÉU ABSOLVIDO PELO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. AUMENTO DA PENA-BASE. NÃO OCORRÊNCIA. FALTA INTERESSE DE AGIR. REGIME PRISIONAL. MODO FECHADO. RÉU REINCIDENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Os pedidos de absolvição ou desclassificação para o delito de uso próprio, deduzidos neste recurso, demandam, necessariamente, o revolvimento de matéria fático-probatória, o que é inviável em sede especial (Súm. 7/STJ). 2. Certificada a reincidência do réu, não se aplica o redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, uma vez que ausente o preenchimento dos requisitos legais.

3. Em relação à suposta contrariedade dos arts. 35 da Lei n.

11.343/2006 e 59 do Código Penal, carece ao recorrente interesse de agir, pois a pena-base foi estabelecida no mínimo legal e a sua absolvição mantida pelo delito de associação para o tráfico de drogas.

*4. **Aplicada a pena final em patamar superior a 4 anos de reclusão e sendo reincidente o agente, o regime inicial fechado é o cabível para o resgate da sanção corporal, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal.***

5. É incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do atendimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1794932/RO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2019, DJe 09/04/2019)"

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno deste Superior Tribunal, **não conheço o *habeas corpus***.

Publique-se.

Brasília (DF), 11 de junho de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator