HABEAS CORPUS Nº 499.041 - SP (2019/0075731-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	MAURO ATUI NETO
ADVOGADO	:	MAURO ATUI NETO - SP266971
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	FELIPE FERREIRA MACHADO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de FELIPE FERREIRA MACHADO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0000885-70.2017.8.26.0599.

Dos elementos que instruem os autos, verifica-se que o Juiz de primeiro grau condenou o paciente às penas de 6 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 600 (seiscentos) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006; e 1 (um) ano de detenção, no regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, pela prática do delito do art. 12, *caput*, da Lei n. 10.826/2003. O paciente foi preso em flagrante, em 14/9/2017, junto com outro agente, por trazer consigo e ter em depósito 20.567,5g (vinte quilogramas, quinhentos e sessenta e sete gramas e cinco decigramas) de maconha e 11 (onze) munições calibre .38 (e-STJ fls. 44-72).

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao recurso para reduzir as reprimendas relativas ao delito de tráfico de drogas para 5 (cinco) anos de reclusão, mantido o regime inicialmente fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa (e-STJ fls. 19-40).

Neste *writ*, o impetrante sustenta que apenas a quantidade de droga apreendida não é fundamento idôneo para afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Assevera que o paciente preenche os requisitos legais para a aplicação da minorante do tráfico, pois é primário, com bons antecedentes, não havendo provas de que se dedique a atividade ilícita ou de que integre organização criminosa.

Afirma que não houve fundamentação idônea na escolha do regime prisional mais gravoso, tendo sido considerada apenas a gravidade em abstrato do delito, em dissonância com o entendimento preconizado nos enunciados sumulares 718 e 719 da Suprema Corte e 440 do Superior Tribunal de Justiça.

Requer, liminarmente e no mérito, a redução das reprimendas, com a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, e a fixação de regime menos gravoso.

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 100-101).

Foram prestadas as informações (e-STJ fls. 493-515).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem de *habeas corpus* (e-STJ fls. 212-219).

É o relatório.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico

para tal fim, nos termos do art. 105 da Constituição da República, 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 art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Com relação à almejada incidência do redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, sabe-se que o referido dispositivo legal dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) **não se dedique às atividades criminosas**; e d) não integre organização criminosa.

Este Tribunal Superior vem afastando a aplicação do benefício legal em casos que envolvem grande apreensão de entorpecente, porque, em hipóteses tais, sem a necessidade de amparo em provas, fica evidenciado que o indivíduo não se enquadra no modelo imaginado pelo legislador, mormente porque os pressupostos "*não se dedicar a atividades criminosas*" e "*não integrar organização criminosa*" são inconciliáveis com o manejo em grande escala de drogas.

Cabe ressaltar que o fato de a lei não estabelecer critérios objetivos para a incidência do benefício não impede que o julgador, no exame do caso concreto e em observância às circunstâncias do fato, possa preencher a lacuna legal, não havendo que se falar em violação ao princípio da legalidade.

Nessa mesma linha, vejam-se:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. [...]. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. [...]. PLEITO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE A ACUSADA DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. [...]. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
> *[...]*
> *- 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.*
> *- A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas para embasar a não incidência da minorante do privilégio, quando, juntamente com as circunstâncias do delito, evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.*
> *- Na espécie, infere-se que o Tribunal local conferiu legalidade ao não reconhecimento do privilégio, ao destacar que as circunstâncias do caso, indicativas do tráfico habitual, por ter*

> *envolvido a responsabilidade pelo transporte de elevada quantidade de droga, são elementos que permitem concluir que há dedicação às atividades ilícitas, de modo que inexiste constrangimento ilegal alegado pela defesa. Precedentes.*
> *- Dessa forma, tendo havido fundamentação concreta, pela Corte de origem, para não aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, concluo que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que a paciente não se dedica às atividades criminosas ou integra organização criminosa, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do habeas corpus, de cognição sumária.*
> [...]
> *- Habeas corpus não conhecido.*
> (HC 413.928/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe de 11/10/2017)
>
> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. [...]. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 33, § 4º, E 42, AMBOS DA LEI Nº 11.343/2006 E 33 § 2º, "B" E § 3º, DO CP. NÃO APLICAÇÃO DA MINORANTE E FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA 568/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*
> [...]
> *2. A quantidade de entorpecente apreendido em poder do acusado constitui circunstância hábil a denotar a dedicação às atividades criminosas, podendo impedir a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 à míngua do preenchimento dos requisitos legais. Súmula 568/STJ.*
> [...]
> *4. Agravo regimental a que se nega provimento.*
> (AgRg no REsp 1687456/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe de 04/10/2017)

No caso em análise, o Tribunal de origem manteve o afastamento do referido redutor com amparo na seguinte fundamentação (e-STJ fl. 34; sem grifos no original):

> ***A considerável quantidade de droga apreendida em poder dos apelantes*** *(54 porções de maconha, com peso bruto aproximado de 51,20 gramas, 05 porções de maconha com peso bruto aproximado de 33,70 gramas, 02 porções de maconha, com peso bruto aproximado de*

> *175,50 gramas, 22 porções de maconha na forma de "tijolo", com peso bruto aproximado de 20.257,10 gramas) mostra-se como circunstância idônea para impedir a aplicação do benefício do redutor,* ***uma vez denotadora de que os agentes, para terem acesso a ela, incorporaram-se a organização criminosa, ou, no mínimo, têm se dedicado frequentemente à traficância*** *(o que se depreende, inclusive, do testemunho policial), critério jurisprudencial encontrável tanto no Col. Supremo Tribunal Federal (RHC 117.867/MG rel. Min. Luiz Fux j. 22.10.2013), quanto no E. STJ (AgRg no AREsp 359.220/MG rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura j. 3.9.2013 e AgRg no AREsp 180.580/MG mesma rel. j. 7.3.2013).*

Como se vê, diante das circunstâncias concretas do delito, considerando o *modus operandi* empregado e a quantidade de droga apreendida (mais de 20,5kg de maconha), entendeu o Tribunal *a quo* que o paciente dedicava-se à atividade criminosa, motivo pelo qual afastou a incidência do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Dessa forma, não se pode dizer que o Tribunal de origem incidiu em constrangimento ilegal, pois, mantendo o entendimento do Juiz sentenciante de que o paciente não satisfez as exigências para a aplicação da referida benesse legal, fundamentadamente rechaçou a sua incidência.

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME FECHADO.*
> *POSSIBILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.*
> [...]
> *2. A instância ordinária afastou a incidência da causa especial de redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em face das circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem a dedicação do réu em atividade criminosa. A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito. 3. O STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou*

inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do Código Penal - CP.
In casu, a quantidade, variedade e natureza da droga apreendida - 73 pedras de crack e 17 porções de cocaína - justificam a fixação do regime prisional mais gravoso. Precedentes.
4. Considerando a pena aplicada, no patamar superior a 4 anos, inviável a aplicação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ante o não preenchimento dos requisitos do art. 44, I, do CP.
Habeas corpus não conhecido.
(HC 316.464/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe de 29/06/2018)

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. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
[...]
2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quando as circunstâncias do delito permitem aferir que o agente se dedica a atividades criminosas.
3. No caso, extrai-se que o Tribunal a quo formou sua convicção com base nos elementos fáticos constantes dos autos para não aplicar a redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que o paciente se dedicava ao tráfico de forma habitual. Assim, desconstituir tais assertivas demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do habeas corpus.
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, sendo a pena superior a 4 anos, a quantidade das drogas apreendidas justifica a fixação do regime fechado.*
> *7. Não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o quantum da pena supera o limite previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.*
> *8. Habeas corpus não conhecido.*
> (HC 448.346/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe de 20/06/2018)

No que concerne ao regime inicial fechado, mantido pelo Tribunal impugnado, verifica-se que foi estabelecido com o seguinte fundamento (e-STJ fl. 36; sem grifos no original):

> *No caso em tela, **a fixação do regime mais gravoso para o início do desconto da pena privativa de liberdade se impõe pela considerável quantidade de droga apreendida com os réus (mais de vinte quilogramas de maconha, divididos em tijolos e porções menores**), a atrair a incidência do art. 42 da Lei de Tóxicos. Há precedentes da E. Corte Superior: HC 278676/MS 6ª T. rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura j. 24.10.2013; HC 222994/SP 6ª T. rel. Min. Marilza Maynard, Des. convocada do TJ/SE j. 24.10.2013; HC 278530/SP 5ª T. rel. Min. Marco Aurélio Bellizze j. 22.10.2013.*

Da leitura do excerto acima transcrito, vê-se que o regime prisional fechado foi fixado com base na gravidade concreta do crime cometido, demonstrada, especialmente, pela grande quantidade de entorpecente apreendido (mais de 20,5kg de maconha), fator suficiente a justificar a imposição do modo mais gravoso.

Ademais, cumpre ressaltar que a remansosa jurisprudência deste Tribunal consolidou-se no sentido de que a escolha do sistema prisional não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* de sanção firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.

Nesse diapasão, tem-se:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal*

- STF, 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. 2. A instância ordinária afastou a incidência da causa especial de redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em face das circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem a dedicação do réu em atividade criminosa. A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.
3. O STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do Código Penal - CP. ***In casu, a quantidade, variedade e natureza da droga apreendida - mais de três quilos de maconha, além de dezoito frascos de lança-perfume - utilizadas na terceira fase da dosimetria para afastar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, justificam a fixação do regime prisional mais gravoso****. Precedentes.*
4. Habeas corpus não conhecido.
(HC 472745/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2018, publicado em 18/12/2018; sem grifos no original.).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. VERIFICAÇÃO DE DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. ELEVADA QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de ser inviável aferir em recurso especial a dedicação ou não à atividade criminosa, para fins de aplicação da redutora do tráfico privilegiado, em face do óbice da Súmula 7 do STJ.
2. ***Em se tratando do delito previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade, variedade e espécie dos entorpecentes apreendidos podem motivar o estabelecimento do regime mais gravoso, para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 2º, do Código Penal e art. 42 da Lei de Drogas****.*
3. No caso dos autos, embora tenha sido a pena-base fixada no

> *mínimo, a quantidade de drogas apreendida - 195,8g de cocaína e 4 comprimidos de ecstasy - justifica a fixação do regime fechado.*
> *4. Agravo regimental desprovido.*
> (AgRg no Aresp 1360669/SP, Rel Ministro REYNALDO SOARES DA FOSNECA, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2018, publicado em 19/12/2018; sem grifos no original.)

Desse modo, ainda que a pena tenha sido fixada em 5 (cinco) anos de reclusão, verifica-se que o regime inicial fechado mostra-se adequado e proporcional ao caso, não havendo o que reparar.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, com fundamento no art. 34, inciso XX, do RISTJ, **não se conhece do *habeas corpus*.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 10 de junho de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator