HABEAS CORPUS Nº 504.771 - SP (2019/0108518-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO FABIO MANTOVAN DOS SANTOS - SP263297
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ITALO DIEGO DE JESUS SANTOS (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de ITALO DIEGO DE JESUS SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0043335-26.2017.8.26.0050.

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 a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que, diante da ausência de elementos que demonstrem a dedicação e a habitualidade na prática delitiva do paciente, deveria ser aplicada a causa de diminuição especial do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Afirma, ainda, que, com o acolhimento do pleito de incidência da referida benesse, será cabível o regime prisional aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja aplicada a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, com o estabelecimento de regime inicial aberto e, ainda, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida às fls. 29-30.

As informações foram prestadas às fls. 41-49.

O MPF, às fls. 51-54, manifestou-se pelo não conhecimento da ordem.

É o relatório.

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 artigo 105 da Constituição Federal, 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 se refere ao sustentado constrangimento ilegal decorrente do afastamento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, verifica-se que a sentença condenatória entendeu indevida a benesse, sob o seguinte fundamento (e-STJ fl. 17):

> *"Na terceira fase da dosimetria da pena, deixo de aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, §4°, da Lei n° 11.343/06,* ***pois o acusado se dedicava a atividades criminosas.***
> *De fato,* ***traficava drogas há pelo menos uma semana, conforme confessou em juízo, informação que está em consonância com o razoável volume de entorpecentes que transportava,*** *incompatível com o tráfico ocasional. Dessa forma, torno definitiva a reprimenda."*

O acórdão recorrido, por sua vez, ao negar provimento ao recurso defensivo, destacou (e-STJ fl. 23):

> *"Na terceira fase, verifica-se que acertadamente foi afastado a aplicação do redutor de pena previsto no § 4º, art. 33, da Lei 11.343/06.*
> *Frise-se que* ***o próprio apelante confessou em juízo que estava traficando drogas fazia uma semana, demonstrando que se dedicava com habitualidade ao comércio das substâncias entorpecentes****, razão pela qual o seu afastamento foi adequado."*

Cumpre registrar que o § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a 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.

Na hipótese, observa-se que o acórdão reprochado, que manteve integralmente a sentença condenatória, com esteio no conjunto probatório acostado aos autos, notadamente nas circunstâncias em que se deu o delito, entendeu que o paciente se dedicava ao tráfico de entorpecentes, motivo pelo qual deixou de aplicar a causa especial de diminuição de pena em testilha.

Desta forma, não se pode dizer que a Corte estadual incidiu em constrangimento ilegal, pois, entendendo que o paciente não satisfazia as exigências para a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, fundamentadamente rechaçou a sua incidência.

Nesse sentido:

> *"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE MAJORADA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO. NECESSÁRIO REEXAME DE PROVAS. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. PLEITOS DE ABRANDAMENTO DO REGIME E DE*

PERMUTA DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS PREJUDICADOS. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Quanto à fixação da pena-base acima do mínimo legal, cumpre registrar que a dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando ela atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

2. In casu, as instâncias ordinárias fundamentaram expressamente a majoração da pena-base, considerando, em especial, a quantidade da droga apreendida - 1.000 gramas de maconha -, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Daí, não se mostra desproporcional ou desarrazoada, porquanto fundamentada a fração em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.

*3. **Na hipótese dos autos, observa-se que, na esteira da jurisprudência desta Corte, o Tribunal de origem concluiu, motivadamente, pela dedicação do recorrente ao tráfico ilícito de entorpecentes levando em conta a expressiva quantidade de droga apreendida. Assim, a modificação desse entendimento - para acolher a pretensão de que ele não se dedica à atividade criminosa - exige o revolvimento do conteúdo fático-probatório,** inadmissível em recurso especial (Súmula 7/STJ).*

4. Por fim, mantida a dosimetria fixada pela Corte de origem em 6 anos, 7 meses e 5 dias de reclusão, as pretensões de abrandamento do regime e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não merecem subsistir, porquanto ausentes os requisitos legais autorizadores dos benefícios.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 1446279/SE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 20/05/2019)"

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS RECONHECIDA NÃO SOMENTE COM BASE NA GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS MAS TAMBÉM TENDO EM VISTA A DINÂMICA DO FATO DELITUOSO. AFASTAMENTO. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO.

*1. **A diminuição da pena com base no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 foi afastada não somente em virtude da quantidade da droga apreendida mas também em virtude do reconhecimento de que o agravante se dedica às atividades criminosas, ante a dinâmica do fato delituoso, o que encontra agasalho na pacífica jurisprudência desta Corte Superior de Justiça. Precedentes.***

2. Como apurado no decorrer da instrução processual, o agravante foi surpreendido com 146,4g de cocaína, escondida junto a uma balança de precisão; além disso, em companhia de

> *outros corréus teria roubado um veículo, levando-o para o Paraguai com o objetivo de vendê-lo e adquirir mais drogas; e ainda foi apontado por testemunhas como o dono de uma boca de fumo, o que corroborou a tese de que se dedicava efetivamente a essa atividade criminosa.*
> *3. Ademais, "concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas e integrava facção 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" (HC 387.422/RJ, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 9/5/2017, DJe 15/5/2017).*
> *4. Agravo regimental desprovido.*
> *(AgRg no HC 493.820/MS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 24/05/2019)"*

No que tange ao regime inicial, verifica-se que o Colegiado manteve o fechado, sob a seguinte fundamentação (e-STJ fl. 24):

> *"Outrossim, bem fixado o regime inicial fechado, porquanto a gravidade do crime de tráfico de drogas, comparado a crime hediondo, demonstrando personalidade deturpada daqueles que se utilizam das drogas para o seu comércio, visando abastecer os seus usuários, os mais prejudicados por essa atividade espúria, ainda mais no caso dos autos, em que o apelante trazia consigo quantidade expressiva de cocaína, em pó, pelo que a sua conduta merece ser punida com maior rigor por parte do Estado-juiz."*

In casu, levando-se em conta a quantidade do entorpecente apreendido, a saber, **65,6 gramas de cocaína**, bem como a presença de circunstância judicial desfavorável, na primeira fase da dosimetria (e-STJ fl. 23), entende-se proporcional a escolha do regime inicial fechado, conforme disposto no artigo 33 do Código Penal.

A propósito:

> *"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SENTENÇA QUE MANTEVE A SEGREGAÇÃO CAUTELAR PELAS MESMAS RAZÕES DO DECRETO PRISIONAL PRIMEVO. REGIME INICIAL FECHADO. ADEQUADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL (ART.*

33, § 2º E § 3º, CP). QUANTIDADE DE DROGA. 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 ofício.

II - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal.

III - Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, para a garantia da ordem pública, notadamente se considerada a quantidade, variedade e potencialidade lesiva das drogas apreendidas - 1.334,7 g. de maconha e 3.5 g. de cocaína - circunstância indicativa de um maior desvalor da conduta em tese perpetrada, bem como da periculosidade concreta do agente, a revelar a indispensabilidade da imposição da medida extrema. Precedentes.

IV - A presença de circunstâncias pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não tem o condão de garantir a revogação da prisão se há nos autos elementos hábeis a justificar a imposição da segregação cautelar, como na hipótese.

Pela mesma razão, não há que se falar em possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

*V - **O regime adequado à hipótese é o inicial fechado, uma vez que houve fundamentação idônea a lastrear a aplicação do regime mais gravoso, em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente, em consonância com o entendimento desta Corte, ex vi do art. 33, parágrafo 2º, b, e parágrafo 3º, do Código Penal, e art. 42 da Lei n. 11.343/06.***

Habeas corpus não conhecido.

(HC 497.857/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 29/04/2019)"

"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 DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA UTILIZADA PARA EXASPERAR A PENA-BASE E PARA AFASTAR O REDUTOR. POSSIBILIDADE. BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MODO

FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

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 pela instância antecedente, com fulcro na quantidade e na natureza do entorpecente - 1 tijolo de maconha (896,67 g), 1 tablete de crack, (375,91 g) e 1 invólucro de cocaína (89,73 g) -, assim como no modus operandi e nos demais elementos constantes dos autos, que o paciente se dedica ao tráfico de entorpecentes, a alteração desse entendimento - para 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. Não há se falar em bis in idem, pois, além da quantidade e da natureza da droga apreendida, há outros elementos dos autos que evidenciam a dedicação do paciente em atividades criminosas.

*5. **O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena de 6 anos e 8 meses de reclusão, em razão da aferição negativa das circunstâncias judiciais, que justificaram o aumento da pena-base, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal**.*

6. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 493.654/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 30/04/2019)"

Por fim, não há falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista o não preenchimento do requisito objetivo previsto no artigo 44 do Código Penal.

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

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 11 de junho de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator