

**HABEAS CORPUS Nº 515.599 - MG (2019/0168695-6)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : **BIANCA DE MORAIS FARIA**  
**ADVOGADO** : **BIANCA DE MORAIS FARIA - MG170022**  
**IMPETRADO** : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**  
**PACIENTE** : **ISAIAS ALAN LOMAS (PRESO)**

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **ISAIAS ALAN LOMAS**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Interposta apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso defensivo.

Neste *writ*, sustenta a impetrante, em síntese, que o acórdão impugnado "violou princípio da Constituição Federal, notadamente, o da Individualização da Pena, insculpido no artigo 5º XLVI, o qual impõe que as sanções penais e os regimes de cumprimento de pena correspondentes devem ser fixados levando em consideração os aspectos objetivos e subjetivos do caso concreto" (e-STJ, fl. 12).

Pleiteia, assim, liminarmente, a concessão da ordem para alteração do regime prisional do fechado para o semiaberto.

**É o relatório.**

Decido.

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.

Na espécie, não visualizo flagrante ilegalidade a justificar o processamento do feito e a concessão da ordem, pois o regime prisional fechado foi mantido pelo Tribunal de origem com fundamento na quantidade da droga apreendida, o que também não permite a fixação de regime prisional mais brando, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal c/c 42 da Lei de Drogas, conforme consignado no acórdão impugnado:

Passo, então, a análise da dosimetria.

A pena-base foi estabelecida acima do mínimo legal, em razão dos motivos e consequências do crime, além da grande quantidade de droga apreendida.

As consequências apontadas na r. sentença, “contribui para desestruturação da sociedade, coloca em risco a saúde pública, redundando na prática de outros delitos” (fl. 131), venia concessa, são próprias do tipo penal, não havendo como ser desvaloradas.

No mesmo sentido, não podem ser valorados negativamente os motivos do delito, visto que o “desejo de obtenção de lucro fácil” (fl.

131) é, via de regra, a causa que impulsiona a prática de delitos como o tráfico, sendo inerente ao tipo penal.

Inobstante isso, a grande quantidade de drogas apreendidas justifica o ligeiro aumento procedido na sentença. Ora, foi apreendido mais de meio quilo de maconha (558,98 g) o que, nos termos do artigo 42 da Lei nº 11.343/06, deve ser sopesado nesta fase da dosimetria, razão pela qual sustento a pena-base fixada na sentença de 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

Na segunda fase, foi corretamente reconhecida a atenuante da confissão espontânea e reduzida a reprimenda para o menor patamar legal.

Todavia, ainda se faz necessário, nessa fase, o reconhecimento da atenuante de menoridade relativa, tendo em vista que o acusado possuía menos de 21 (vinte e um) anos na data dos fatos. Deixo, contudo, de fazê-la incidir sobre a reprimenda, eis que já reduzida ao mínimo legal, ex vi da Súmula nº 231 do STJ.

Na terceira fase, não há como aplicar a causa de diminuição contida no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, como requer a operosa Defesa.

Ora, a benesse em questão é voltada apenas para quem adere ao tráfico de drogas esporadicamente, movido, por exemplo, pela ocasional necessidade de ganhar dinheiro ou para sustentar o vício, e não ao traficante contumaz, que exerce, permanentemente, a atividade ilícita.

Não podemos confundir um traficante habitual que, após muito custo, é preso pela primeira vez, com a figura de um traficante eventual "de primeira viagem", que ocasionalmente é flagrado durante a traficância. Apenas este, e não aquele, faz jus à causa de diminuição.

Entendimento contrário serve apenas para estender o benefício a pessoas não visadas pelo Legislador, e poderia levar à equivocada conclusão de que, automaticamente, até um megatraficante, em sua primeira condenação, teria direito subjetivo à minorante do § 4º, do artigo 33, da Lei Antidrogas, o que é um contrassenso.

Não se confunde a "primariedade" e os "bons antecedentes" com o requisito relativo a "não se dedicar às atividades criminosas", o que pode ser aferido por todos os meios probatórios e não apenas pela certidão de antecedentes criminais do agente.

No presente caso, mesmo que o acusado seja primário, há evidências concretas de que se dedica à atividade criminosa, vez que mantinha em depósito significativa quantidade de substância tóxica - 558,98g (quinhentas e cinquenta e oito gramas e noventa e oito centigramas) de maconha -, o que indica que já estava envolvido corriqueiramente com a mercancia ilícita, pois traficantes "de primeira viagem", como se sabe, não têm acesso a tamanha porção droga.

E tal fato, por si só, é capaz de comprovar a dedicação do réu a atividades criminosas, conforme decidiu o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

[...]

Ademais, observo que o apelante já era conhecido no meio policial, como declarado pelos Policiais Militares Marcos da Silva Moreira e Carlos Alexandre Farias Vieira na fase judicial (mídia de fl. 116).

Vale lembrar, ainda, que o apelado admitiu, na fase inquisitorial, que

já traficava há aproximadamente um mês (fl. 05).

Todas essas circunstâncias comprovam a sua dedicação à prática da traficância ilícita de drogas, inviabilizando a aplicação da causa de diminuição de pena do artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06.

Com esses fundamentos, e não havendo outras causas modificativas a serem consideradas, mantenho a pena do apelante em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, na mínima fração legal.

Quanto ao regime, registro, que a partir do julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 1.0145.09.558174- 3/003, por uma questão de coerência e de unidade, passei a adotar o posicionamento esposado pela egrégia Corte, de modo que o exame da matéria deverá respeitar os parâmetros contidos no artigo 33, caput, do Código Penal.

A declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90 efetuada pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no habeas corpus nº 111.840/ES, de relatoria do ilustre Ministro Dias Toffoli, somente veio a solidificar este entendimento, vez que admitiu-se o abrandamento do regime prisional mesmo quando afastada a aplicação da minorante prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06.

No caso, embora o saldo de pena a se cumprir seja inferior a 08 (oito) anos, não se pode olvidar da circunstância judicial desfavorável consistente na significativa quantidade de drogas arrecadada, o que exige uma atuação mais rígida do Poder Judiciário, eis que há a possibilidade de que o réu esteja fazendo da traficância ilícita o seu meio de sustento.

Dessa forma, atento ao artigo 33, §3º, do Código Penal c/c 42 da Lei nº 11.343/06, mantenho o regime fechado para o cumprimento da reprimenda.

Inviáveis, à míngua de requisitos legais, os benefícios contidos nos artigos 44 e 77 do Código Penal.

Ressalto, por fim, que, apesar de nas razões recursais a Defesa ter apresentado um pedido liminar quanto ao direito de recorrer em liberdade, essa questão já foi analisada no Habeas Corpus Criminal n.º 1.0000.18.005733-3/000 por essa Turma Julgadora, oportunidade em que foi negada a ordem.

Assim, mantenho denegado o direito do apelante recorrer em liberdade pelos mesmos fundamentos expostos quando do julgamento do Habeas Corpus supracitado.

Mercê de tais considerações, nego provimento ao recurso." (e-STJ, fls. 38-42).

Com efeito, a individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o que não se verifica na espécie, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *writ*, por exigirem revolvimento probatório.

Assim, embora seja primário, deve ser mantido o regime prisional fechado para o cumprimento da pena imposta ao paciente, pois, conforme a dicção do art. 33, §

3º, do CP c/c 42 da Lei de Drogas, estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada a quantidade da drogas apreendida (558,98g de maconha), a fixação de regime prisional mais gravoso não padece de ilegalidade, levando em consideração o indicado pelo *quantum* de reprimenda imposta ao réu (5 anos).

A corroborar tal entendimento, os seguintes julgados desta Corte:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

II - A circunstância judicial referente à quantidade e variedade da droga poderá incidir na primeira ou terceira fase da dosimetria da pena, para exasperar a pena-base, afastar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, ou ainda para modular o nível de redução da pena, sempre de maneira não cumulativa. Precedentes.

III - O col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

IV - Todavia, na espécie, a quantidade do entorpecente serviu de fundamento para afastar a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, bem como foi apresentada fundamentação concreta relativa à especial gravidade do delito praticado, o que impede a fixação do regime semiaberto unicamente em razão da quantidade da pena imposta. Precedentes.

*Habeas corpus* não conhecido."

(HC 386.827/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/5/2017, DJe 23/5/2017);

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) NÃO APLICADA. QUANTIDADE DE DROGAS, CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO E PROCESSOS EM ANDAMENTO. DEDICAÇÃO DO RÉU À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06 E ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS JUSTIFICA FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PATAMAR DA REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS. DETRAÇÃO DA PENA.

MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

3. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo. A propósito, o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê: "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito." No mesmo sentido são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam: "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada"; "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea." No caso dos autos, apesar das circunstâncias judiciais serem favoráveis (art. 59 do CP), de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, de a pena aplicada ser superior a 4 e inferior a 8 anos (art. 33, § 2º, alínea "b", do CP), a quantidade de entorpecentes apreendidos (art. 42 da Lei n. 11.343/06) é fundamentação idônea para justificar a imposição do regime inicial fechado no caso em análise, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do CP, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma. Inaplicáveis os enunciados n. 440 da Súmula do STJ e n. 718 e 719 da Súmula do STF.

4. A fixação da pena privativa de liberdade em patamar superior a 4 (quatro) anos impede a sua substituição por restritivas de direitos (art. 44, I, do CP).

[...]

*Habeas corpus* não conhecido."

(HC 383.435/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/3/2017, DJe 27/3/2017).

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO. QUANTIDADE DE DROGA QUE EVIDENCIA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTO CONCRETO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Negada a aplicação do benefício em virtude das circunstâncias do caso, em especial, a quantidade de entorpecentes - 630 gramas de maconha - que evidenciaria o não preenchimento dos requisitos legais, concluindo o Tribunal a quo tratar-se de réu que se dedicava à atividade criminosa, sendo que a pretendida revisão do julgado implicaria o reexame do material cognitivo produzido nos autos, insuscetível de ser realizada na estreita via do *habeas corpus*.

Precedente.

2. Utilizada fundamentação baseada no caso concreto para fixação do regime fechado, consubstanciada na presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis que demonstram especial gravidade da conduta, justifica-se a imposição de regime mais gravoso, nos estritos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, c/c 59 do Código Penal.

3. Agravo regimental improvido."

(AgInt no HC 483.509/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 18/03/2019).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. 316 KG DE MACONHA. DOSIMETRIA. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DE DROGAS E NATUREZA. POSSIBILIDADE. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DE DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME FECHADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Não há falar em bis in idem, pois a quantidade de drogas foi utilizada para elevar a pena-base, enquanto o afastamento da redutora da pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, deu-se em razão da comprovação, nos autos, de que o agravante se dedica a atividades criminosas.

2. Inviável o abrandamento do regime, pois idônea a fundamentação de negativa pela comprovação à atividade criminosa e pela quantidade de substância entorpecente apreendida.

3. Agravo regimental improvido."

(AgRg no HC 450.968/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 4/9/2018, DJe 13/9/2018).

Desse modo, não se verifica ofensa aos enunciados sumulares 440/STJ e 719/STF, nem ilegalidade apta a justificar a intervenção desta Corte com a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **não conheço do habeas corpus.**

Publique-se. Intime-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Transcorrido o prazo recursal, certifique-se o trânsito em julgado desta decisão e arquivem-se os autos.

Brasília (DF), 12 de junho de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS  
Relator