

HABEAS CORPUS Nº 499.686 - SP (2019/0079316-4)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIEL DURVAULT ROITBERG - RJ168348
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ABIMAEEL JOSE DA SILVA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de ABIMAEEL JOSE DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0002433-16.2017.8.26.0540.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, como incurso na sanção do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante a Corte *a quo*, que negou provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença condenatória.

Nesta via, sustenta a impetrante, em síntese, a inexistência de motivação válida para obstar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, eis que o paciente preenche os requisitos legais para sua obtenção, aduzindo que não há provas de que se dedique a atividade ilícita ou de que integre organização criminosa, salientando que a quantidade de drogas não pode impedir a incidência da redutora.

Assevera a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que não houve fundamentação suficiente para justificar a fixação do regime prisional fechado, em descompasso com o entendimento preconizado nos Enunciados Sumulares 718 e 719 da Suprema Corte, e 440 do Superior Tribunal de Justiça.

Defende a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja aplicada a minorante do tráfico, fixado o regime diverso do fechado e substituída a sanção privativa por restritiva.

A liminar foi indeferida às fls. 36-37.

Informações prestadas às fls. 43-56.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 58-67, pelo não conhecimento da impetração e, se conhecida, pela sua denegação.

É o relatório.

Cumprir pontuar que esta Corte Superior de Justiça não mais admite a utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso cabível, como ocorre na hipótese, circunstância que impede o seu formal conhecimento.

Entretanto, deve-se verificar se o caso revela constrangimento ilegal flagrante, circunstância que exige a atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal. Passa-se a análise do constrangimento ilegal alegado.

No que se refere ao sustentado constrangimento ilegal decorrente afastamento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, colhe-se do acórdão recorrido (e-STJ fl. 26):

"Inviável, ademais, a aplicação da regra prevista no § 4º, do art. 33, da Lei Antidrogas diante dos reveladores sinais de que o réu se dedicava à traficância, haja vista que nenhum pequeno traficante consegue ter a seu dispor toda aquela quantidade de drogas (quase mil porções distribuídas entre crack e cocaína, totalizando 590 gramas - fls. 24/25, 28/30 e 92/95) sem prévia vinculação a uma estrutura organizada em torno do comércio espúrio."

Na presente hipótese dos autos, verifica-se que o acórdão recorrido, manteve o afastamento da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, fundado na quantidade da droga apreendida, qual seja, **"quase mil porções distribuídas entre crack e cocaína, totalizando 590 gramas"** (e-STJ fl. 26), indicando o envolvimento em atividades criminosas, o que representa motivação idônea para impedir a aplicação da benesse.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA RECONHECIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REVISÃO DO ENTENDIMENTO. NECESSIDADE DE AMPLO REVOLVIMENTO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA CONCRETAMENTE FUNDAMENTADO. ORDEM DENEGADA.

1. O entendimento desta Corte "é assente no sentido de que a quantidade de droga apreendida configura motivação suficiente para afastar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que evidencia a dedicação à atividade criminosa (HC n.º 356.145/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 1º/12/2016).

2. No caso, o Paciente foi surpreendido com "quatro porções de cocaína, com peso líquido de 2 gramas, vinte e nove de maconha, com peso líquido de 41,5 gramas e vinte e oito de crack, com peso líquido de 6,4 gramas", o que permitiu às instâncias ordinárias concluir por sua dedicação às atividades ilícitas.

3. Para se desconstituir o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias de que o Paciente se dedicava às atividades ilícitas, seria necessário proceder ao revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se mostra cabível na via estreita do habeas corpus.

4. A "valoração negativa da quantidade e natureza dos entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por penas restritivas de direitos" (HC 451.496/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em DJe 16/11/2018).

5. O fundamento que ensejou o afastamento da causa especial de diminuição de pena (dedicação a atividades criminosas) pode ser utilizado, também para fins de fixação de regime, tendo em vista que "é possível que um mesmo ente jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos, desde que em decorrência de exigência legal específica, como no caso em apreço, não ocorrendo, pois, a dupla valoração da mesma circunstância para idêntica finalidade" (HC 428.211/SP, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 27/03/2018).

6. Ordem de habeas corpus denegada.

(HC 481.189/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 30/04/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. AGRAVANTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE.

1. - De acordo com o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. - A jurisprudência deste Tribunal é assente no sentido de que a quantidade de droga apreendida configura motivação suficiente para afastar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que evidencia a dedicação à atividade criminosa (HC n. 356.145/SP, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 1º/12/2016).

3. - Na hipótese, a Corte local deixou de aplicar a referida causa especial de diminuição da pena respeitando os critérios legais estabelecidos pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com observância, ainda, aos pormenores da situação concreta, destacando a elevada quantidade de droga apreendida - 102,96g (cento e dois gramas e noventa e seis centigramas) de cocaína, contexto a demonstrar que o réu, embora primário, estaria envolto nas atividades criminosas.

4. - Não pode esta Corte Superior desconstituir os fundamentos adotados pelo Tribunal de origem sem ampla incursão no acervo fático-probatório dos autos, tarefa para a qual não se presta o habeas corpus.

5. - Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 463.561/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 01/02/2019)

No que tange à pretensão de abrandamento do regime prisional, o Tribunal de origem manteve o modo inicial fechado, nos seguintes termos (e-STJ fls. 26-27):

*"Correto o regime prisional, fica mantido em função da **hediondez** do delito de tráfico de drogas e necessidade de uma resposta penal rigorosa do Poder Judiciário em razão da grave lesão que causa à saúde pública, bem como pela intranquilidade e insegurança que traz para a sociedade atual.*

Com efeito, somente o regime fechado mostra-se suficiente para a prevenção da prática de crimes e reprovação de conduta criminosa, aspectos que norteiam também a fixação do regime prisional (art. 59, inc. III, do Código Penal)."

Com efeito, "o col. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 17/12/2013), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.8.072/90, com redação dada pela Lei n. 11.464/07, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Seguindo tal orientação, firmou-se o entendimento nesta Corte segundo o qual o julgador deve observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, independente de o crime ser hediondo ou equiparado." (HC 485.543/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/05/2019, DJe 27/05/2019).

Contudo, afastando-se o fundamento em que o Tribunal de origem se embasou, nota-se que o modo mais gravoso se mantém dada a quantidade e a natureza da droga apreendida, a saber, "**quase mil porções distribuídas entre crack e cocaína, totalizando 590 gramas**"(e-STJ fl. 26), fator suficiente a justificar a imposição do modo fechado.

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, têm-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO AFASTADA. ELEMENTOS CONCRETOS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONFIGURAÇÃO. REEXAME VEDADO. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Tendo a Corte local entendido por comprovada a dedicação a atividades criminosas com base em dados fáticos identificados na instrução probatória, a modificação desse entendimento demandaria o reexame de provas, inviável na via do habeas corpus.

2. Não se vislumbra ilegalidade na fixação do regime fechado a condenados à pena menor que 8 anos desde que utilizada fundamentação baseada no caso concreto, como a natureza e a quantidade de entorpecentes.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 492.463/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/04/2019, DJe 30/04/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 42 DA LEI ANTIDROGAS. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. REGIME FECHADO JUSTIFICADO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. In casu, o entendimento registrado pela origem está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior firmada no sentido de que a significativa quantidade de droga, circunstância do delito que pressupõe a dedicação à atividade criminosa, revelando-se suficiente a afastar a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

2. Fixada a pena definitiva em 5 anos de reclusão, o regime fechado (o mais gravoso, segundo o quantum da sanção aplicada) é o correto à prevenção e à reparação do delito, considerada a natureza e a quantidade da droga apreendida, elencadas legalmente como circunstância preponderante

(HC 361.407/SP, desta relatoria, QUINTA TURMA, DJe de 2/9/2016).

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1647740/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 01/03/2019)

Desse modo, verifica-se que o regime inicial fechado mostra-se adequado e proporcional ao caso, não havendo o que reparar.

Por fim, não há que se 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 do habeas corpus**.

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 12 de junho de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator