HABEAS CORPUS Nº 506.573 - SP (2019/0118018-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	JOAO PAULO PEREIRA GREJO
ADVOGADO	:	JOÃO PAULO PEREIRA GREJO - SP294628
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ALBERIO MARTINS (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de ALBERIO MARTINS contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - Apelação n. 0009974-70.2017.8.26.0453.

O paciente foi condenado a 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor mínimo unitário, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 61-71).

Interposta apelação ministerial, a sentença foi parcialmente reformada para redimensionar a pena para 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, mantendo-se, no mais, a sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos (e-STJ fls.111-157).

Nesta via, sustenta o impetrante, em síntese, que o paciente deve ser absolvido do delito de tráfico, visto que não há suficiência probatória que comprove a autoria e a materialidade do crime.

Alega que o paciente preenche os requisitos legais para a aplicação da minorante do tráfico privilegiado.

Requer a concessão sumária e definitiva da ordem constitucional para que o apenado seja absolvido ou, subsidiariamente, seja reduzida a pena-base, aplicada a minorante do tráfico privilegiado, alterado o regime prisional e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 175-176).

As informações foram prestadas (e-STJ fls. 191-265).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem (e-STJ fls. 267-272).

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 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.

No tocante ao pedido de absolvição por insuficiência de provas, o Tribunal de origem destacou o que se segue, *in verbis* (e-STJ fls. 131-135):

> *Ao cotejar as alegações dos acusados com as demais informações constantes dos autos, constata-se que os mesmos tinham pleno conhecimento do conteúdo da carga*

que transportavam e, nessas condições, participou ativamente no crime de tráfico de drogas, praticando uma das condutas previstas no caput do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (transportar).

É importante destacar que, não obstante a prova testemunhal seja composta, basicamente, dos depoimentos dos policiais que estavam presentes no dia do delito, esta circunstância não têm o condão de, por si só, e tirar a credibilidade necessária à formação de um juízo de condenação, mormente quando harmônica com os demais elementos existentes nos autos.

Salienta-se, ademais, que nem sempre o dolo pode ser extraído de forma direta - como, por exemplo, da confissão do acusado ou de informações de pessoas próximas a ele.

Em verdade, na maioria das vezes, pode-se afirmar, a comprovação do elemento subjetivo se dá a partir do cotejo de todo o conjunto probatório (como se deu in casu).

[...]

O aventado erro de tipo também não se configurou, visto que os acusados não comprovaram, minimamente, a alegação, ônus que lhes incumbiam a teor do preceito inscrito no art. 156 do Código de Processo Penal. Ao afirmarem que desconheciam que estavam transportando produto ilegal.

Nota-se que eles disseram terem concordado em transportar o veneno.

Não é crível que alguém recebesse um pacote de um indivíduo desconhecido, não tivesse o cuidado de analisar a mercadoria que iria auxiliar transportar. Até porque no veículo possuía mais de 140 (cento e quarenta) tijolos de "maconha", com peso líquido total de 83,100 kg (oitenta e três quilogramas e cem gramas), ocultas nas laterais traseiras e exalando um forte odor, o que deveria ter gerado alguma suspeita nos acusado.

[...]

Portanto, é inafastável a conclusão de que os acusados tinham conhecimento da ilicitude da mercadoria que transportava, impondo-se, como consectário, a manutenção da sentença condenatória.

E, muito embora os acusados não tenham sido flagrados no exato momento de comercialização dos entorpecentes, é consabido que para a caracterização do crime de tráfico não é necessário que o agente seja flagrado praticando a mercancia da droga, basta que se verifique que a substância estupefaciente é de sua propriedade e que a finalidade seja o comércio, como ocorreu in casu, tendo

> *em vista a considerável quantidade da droga apreendida. Portanto, merecem mesmo os acusados serem condenados nas sanções do art. 33, caput, da Lei 11.343/2006.*
> *[...]*
> *Dessa forma, à luz dos depoimentos colhidos na instrução probatória e diante das circunstâncias nas quais o delito se desenvolveu, evidente que os acusados cometeram o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, afastando, assim, todas as teses e alegações da defesa. São diversos os fatos e circunstâncias que, considerados em conjunto, convergem para o convencimento acerca da destinação comercial do entorpecente apreendido, de modo a caracterizar o crime tipificado no caput do art. 33 da Lei n.*
> *11.343/06, não há que se falar em absolvição.*

Constata-se que as instâncias ordinárias concluíram com arrimo no acervo fático-probatório dos autos, notadamente a prova testemunhal, existir prova suficiente acerca da materialidade e autoria para a condenação dos pacientes pelo delito de tráfico de drogas.

Nesse contexto, para desconstituir essa conclusão seria necessário o amplo revolvimento de matéria fático-probatória, providência vedada na via eleita.

Nesse sentido:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU RECONHECIMENTO DA BENESSE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO (ART. 33, § 4, LAD) DESCABIMENTO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DA VIA ELEITA. QUANTIDADE DE DROGA UTILIZADA NA PRIMEIRA FASE PARA AUMENTO DA PENA-BASE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA UTILIZADA NA TERCEIRA FASE PARA AFASTAR A MINORANTE DO TRÁFICO DE DROGAS. POSSIBILIDADE. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO. PRECEDENTES. REGIME FECHADO. ADEQUADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DIREITOS. PREJUDICADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
> *(...) III - O eg. Tribunal de origem, mantendo a sentença condenatória, entendeu estarem presentes provas suficientes da materialidade e da autoria delitiva do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06.* ***Rever este entendimento para absolver o paciente demandaria, necessariamente, amplo revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do habeas corpus****. IV - De igual modo, também seria necessário aprofundado reexame do conjunto fático probatório a análise da tese de que o paciente faria jus a aplicação da redutora do tráfico privilegiado, constante do do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, sendo inviável sua análise em razão dos limites impostos*

à via mandamental. Em todo caso, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na dedicação à atividade criminosa, nos seguintes termos: "[...] não se destina aos acusados a previsão daquele redutor, já que não se confundem com o neófito ou aquele que eventualmente comercializa entorpecente, ou mesmo com os chamados "mulas" ou "aviões", premidos por condição financeira precária, quase sempre se entregando à distribuição de entorpecente em função de dependência química" (fl. 651). […] Habeas corpus não conhecido.
(HC 467850, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2018, publicado em 22/11/2018).

*AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DO PEDIDO DENTRO DOS ESTREITOS LIMITES DA VIA ELEITA. DESCONSTITUIÇÃO DA CONCLUSÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. NECESSIDADE DE REEXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 FIXADA EM 1/3. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. DISCRICIONARIEDADE. NATUREZA DA SUBSTÂNCIA APREENDIDA. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL SEMIABERTO. IMPOSIÇÃO. FUNDAMENTO NA NATUREZA DA DROGA. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. 1. **O acolhimento do pedido da defesa de absolvição demanda o reexame aprofundado de todo o acervo fático-probatório, providencia totalmente incompatível com os estreitos limites do remédio heróico, que em função do seu rito célere e cognição sumária, não admite dilação probatória**. Precedentes. 2. A aplicação do redutor previsto no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 em fração inferior à máxima está fundamentada na natureza da droga, crack, que possui alto poder deletério. 3. A despeito da quantidade de pena aplicada - 3 anos e 10 meses de reclusão -, a fixação do regime semiaberto está fundamentada na natureza da droga apreendida. 4. "A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal." (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16/5/2016 PUBLIC 17/5/2016). Portanto, é possível o imediato início do cumprimento provisório da pena após o exaurimento das instâncias ordinárias 5. Agravo regimental desprovido.*
(AgRg no HC 454242, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2018, publicado em 22/11/2018).

Quanto à dosimetria, para melhor delimitar a controvérsia, vale

transcrever o excerto no qual o Tribunal analisou a fixação da pena-base, *in verbis* (e-STJ fls. 143-144):

> *"Observo que ao fixar a pena-base, o magistrado a quo levou em consideração a preponderância das circunstâncias contidas artigo 42 da Lei 11.343/06, bem como as circunstâncias judiciais contidas no artigo 59, CP, razão pela qual fixou a pena base acima do mínimo, aumentada em 1/6 (um sexto), tendo em vista a expressiva quantidade de drogas, sendo as demais circunstâncias favoráveis.*
> *Em detida análise dos autos, de rigor o reconhecimento da pena-base acima do mínimo legal.*
> *Ressalte-se que embora este Relator perfilhasse do entendimento que a quantidade da droga apreendida serviria para caracterizar o delito de tráfico de drogas, mas não era suficiente à exacerbação da pena-base, após minuciosa análise sobre o tema, filio-me ao entendimento de que quantidade e natureza da droga, neste caso, recomendam a fixação acima do mínimo, o que é permitido pelo artigo 42, da Lei de Drogas.*
> *O artigo 42, da Lei 11.343/2006 prevê, de forma expressa, que na fixação das penas o Juiz considerará, com preponderância sobre o previsto no artigo 59, do Código Penal: "a quantidade da substância ou do produto", de modo que tal circunstância constitui elemento hábil a ser considerado para agravar a pena.".*

Com efeito, é certo que, em se tratando de crime previsto na Lei de Drogas, sabe-se que o magistrado, na fixação da pena, deve considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, bem como a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, *in verbis*:

> *"Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente."*

Não se pode considerar ilegal a elevação da pena-base na espécie, especialmente em se considerando que a ponderação das circunstâncias judiciais não é uma operação aritmética, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada, devendo o juízo competente eleger a sanção que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado, exatamente como realizado, posto que foi estabelecido um aumento proporcional.

Na hipótese em tela foram considerados elementos concretos – a quantidade e a qualidade da droga apreendida (83,100 kg de maconha) – para agravar a reprimenda na primeira fase da dosimetria em patamar superior ao mínimo legalmente

previsto, evidenciando que o aresto objurgado está em consonância com o entendimento pacificado nesta Corte no sentido de que a pena-base pode ser exasperada pelo magistrado mediante aferição negativa dos elementos concretos dos autos.

Nesse norte:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006 E ART. 59 DO CÓDIGO PENAL - CP. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. VARIEDADE, QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS.MINORANTE DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006.NÃO INCIDÊNCIA. MODIFICAÇÃO QUE IMPLICA REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ.AGRAVO DESPROVIDO.*
> *1. O aumento da pena-base foi fundamentado na variedade, quantidade e natureza das drogas apreendidas, em observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, o qual prevê a preponderância de tal circunstância em relação às demais previstas no art. 59 do Código Penal.*
> *2. No caso dos autos, a pena-base foi fixada acima do patamar mínimo legal, considerando a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, com base em elementos concretos do delito, ou seja, a natureza e variedade dos entorpecentes apreendidos, além do fato do tráfico ser cometido pelo agente na presença de uma criança.*
> *3. Hipótese de não aplicação da minorante da Lei Antidrogas pela dedicação do agente à atividade criminosa. Inafastável a aplicação do enunciado da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça - STJ.*
> *4. Agravo regimental desprovido.*
> *(AgRg no REsp 1767994/PA, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 14/02/2019)*
>
> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS DA ASSOCIAÇÃO. REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. APONTADA ILEGALIDADE NA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES E ASSOCIAÇÃO DE GRANDE PORTE, LIGADA A CONHECIDA FACÇÃO CRIMINOSA. CRITÉRIOS IDÔNEOS PARA A EXASPERAÇÃO. QUANTUM PROPORCIONAL. PONDERAÇÃO NEGATIVA DOS MAUS ANTECEDENTES E AGRAVAMENTO DA PENA PELA REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS. ILEGALIDADE INEXISTENTE. CRIME PRATICADO DURANTE O CUMPRIMENTO DE PENA EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 40, III, DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DE AUMENTO. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÍNIMO, NÃO OBSTANTE A AFIRMAÇÃO DO JUÍZO SENTENCIANTE NO SENTIDO DE QUE INCIDIRIA EM 1/3. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO*

> *CONHECIDO.*
> *(...)*
> *4. A quantidade e natureza dos entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas relacionadas ao tráfico ilícito de entorpecentes*
> *(...)*
> *10. Habeas corpus não conhecido.* (HC 417.296/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 28/08/2018)

Diante de tais fundamentos, verifica-se que não há reparação a ser feita no acórdão impugnado quanto ao ponto, porque, atento às diretrizes do art. 59 do Código Penal, o Tribunal de origem indicou, especificamente, dentro desses parâmetros, os motivos concretos pelos quais considerou o vetor desfavorável.

Quanto à incidência da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, este Sodalício firmou entendimento no sentido de que "*a criação da minorante tem suas raízes em questões de política criminal, surgindo como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a propiciar-lhe uma oportunidade mais rápida de ressocialização*" (REsp 1329088/RS, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/3/2013, DJe 26/4/2013).

Sobre a aplicação da benesse legal, a Corte *a quo* assim se manifestou (e-STJ fls. 158-161):

> *"Da aplicação do redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas Nesse sentido, ainda que presente a primariedade e ausentes maus antecedentes, a prova dos autos conduz à não aplicação da redutora prevista no § 4º, da Lei de Drogas, uma vez que o conjunto probatório aponta para a participação do acusado em organização criminosa voltada para o tráfico de entorpecentes.*
> *Portanto, inviável, o reconhecimento da minorante do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06.*
> *No caso sub judice, frente as circunstâncias, há indicativo de que os réus dedicavam-se a atividade criminosa.*
> *O modo como a ação delitiva se desenvolveu (com utilização de veículo, com fundo falso) não autorizam a aplicação da redução pretendida.*
> *[...]Inegável, pois, ser incabível a aplicação do redutor previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06.*"

Do trecho acima colacionado, verifica-se que o Tribunal local concluiu que a dinâmica dos fatos (utilização de carro com fundo falso) seria indicativo da dedicação do paciente à atividade criminosa, motivo pelo qual afastaram a incidência do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Vale dizer, 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.

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)

Desta forma, não se pode dizer que o Tribunal de origem incidiu em constrangimento ilegal, pois fundamentadamente rechaçou a incidência da referida benesse legal.

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 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 20/06/2018)

Quanto a fixação do regime inicial fechado, esse se mantém dada a a reincidência do paciente e a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, nos termos do art. 33, § 2º, alínea *b*, e § 3º, do Código Penal.

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 art. 44 do Código Penal.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, com fundamento no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno deste Superior Tribunal, não se conhece do *habeas corpus.*

Publique-se. Intimem-se .

Brasília, 11 de junho de 2019.

Ministro JORGE MUSSI
Relator