

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 518.910 - SP (2019/0189032-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RODRIGO AUGUSTO TADEU MARTINS LEAL DA SILVA -
SP330858
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RINALDO ALVES DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de RINALDO ALVES DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0000618-96.2017.8.26.0535).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 anos de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 500 dias-multa (e-STJ fls. 126/130).

Interposta apelação pela defesa, o Tribunal local negou provimento ao recurso, mantendo a condenação nos termos proferidos pelo juiz de primeiro grau, nos seguintes termos (e-STJ fls. 213/222):

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS IMPOSSIBILIDADE - Inviável a absolvição se as circunstâncias que envolvem os fatos e a quantidade de drogas evidenciam a prática do tráfico de entorpecentes - Não se pode negar valor aos depoimentos de policiais quando os mesmos são essencialmente harmônicos e não se vislumbra nenhuma razão para incriminarem injustamente o réu - Recurso não provido.

No presente *writ* (e-STJ fls. 3/9), a impetrante alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, em razão da não aplicação da causa especial de diminuição da pena, da fixação do regime mais gravoso e da não substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Superior Tribunal de Justiça

Argumenta que é inidônea a fundamentação para não aplicar a redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista que o paciente é primário, não integra organização criminosa e não se dedica a atividades criminosas. Acrescenta que a quantidade de drogas apreendidas é normal à espécie, razão pela qual essa quantidade não pode ser utilizada como um indicativo de que o paciente se dedique a atividades criminosas para fins de afastamento do redutor.

Em consequência do redimensionamento da pena, argumenta que o paciente fará jus ao regime aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Dessa forma, requer, na liminar e no mérito, o redimensionamento da pena, a fixação de regime mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 250/252).

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 265/275, opinou pelo não conhecimento ou pela parcial concessão da ordem, na forma da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. MAUS ANTECEDENTES. APLICAÇÃO DA REDUTORA. INVIABILIDADE. MAUS ANTECEDENTES E DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DO ARCABOUÇO FÁTICO-PROBATÓRIO. REGIME INICIAL. SEMIABERTO. PRIMARIEDADE E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE LIBERDADE. INVIABILIDADE. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. NO MÉRITO, PELO PRINCÍPIO DA EVENTUALIDADE, PELA PARCIAL CONCESSÃO DA ORDEM.

É o relatório. **Decido.**

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em

Superior Tribunal de Justiça

ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

No caso, as instâncias ordinárias não aplicaram a redutora do tráfico privilegiado com apoio na seguinte fundamentação (e-STJ fl. 129 - grifei):

*[...] Inaplicável o redutor previsto no artigo 33, parágrafo quarto da Lei 11.343/06, em vista da quantidade, diversidade e natureza de entorpecente apreendido, **bem como já possuir condenação em 1º grau pela prática do mesmo delito**, não sendo o acusado pequeno traficante, exigível atuação estatal mais severa, na tentativa de dissuadi-los da prática de iguais e novos atentados.*

Para a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sabe-se que 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.

Na hipótese, verifico que a redutora não foi aplicada, entre outros motivos, pelo fato de que o paciente possui condenação anterior pela prática do crime de tráfico de drogas.

Com efeito, este Tribunal tem considerado idônea a utilização de condenações, e até mesmo de processos em andamento, mesmo que sem trânsito em julgado, para afastar a aplicação da redutora do tráfico privilegiado. Confirmam-se:

PENAL. 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. EXPRESSIVA QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGA E EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÕES ANTERIORES. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. CONCLUSÃO DIVERSA QUE EXIGIRIA REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE.

1. Consoante o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá

Superior Tribunal de Justiça

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.

[...]

3. A existência de inquéritos policiais ou de ações penais em andamento não possui o condão de exasperar a reprimenda-base, consoante o enunciado na Súmula n. 444 deste Superior Tribunal.

Contudo, esta Corte firmou entendimento de que a existência de outros processos criminais contra o acusado, ainda que sem condenação transitada em julgado, sobretudo da mesma espécie de delito, afasta a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

4. Na hipótese, as instâncias ordinárias deixaram de reconhecer a minorante com base na quantidade e variedade de droga e nos pormenores da situação concreta, que demonstraram que o agravante dedicava-se à atividade criminosa, excluindo a possibilidade do pretendido redutor. Concluir de forma diversa, aliás, ensejaria o revolvimento de matéria fático-probatória, tarefa para a qual não se presta o habeas corpus.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC 424.827/RS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 26/03/2018)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. REGIME INICIAL FECHADO. ART. 42 DA LEI DE DROGAS CONSIDERADO NA 3ª FASE DA DOSIMETRIA. FUNDAMENTO IDÔNEO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. PENA FIXADA ACIMA DE 4 ANOS. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. LIMINAR CASSADA.

[...]

III - In casu, observa-se que, não obstante ser pequena a quantidade da droga apreendida - apenas 3 (três) gramas -, a

Superior Tribunal de Justiça

natureza altamente viciante do crack e as demais circunstâncias do caso concreto (a forma de acondicionamento da droga, a ausência de demonstração da origem lícita do dinheiro apreendido ou de exercício de atividade lícita e, ainda, outras passagens pela justiça pela prática de mesmo delito) indicam que a paciente dedica-se a atividades criminosas, justificando, por isso, o afastamento da redutora prevista no caput do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

[...]

Habeas corpus não conhecido. Liminar cassada. (HC 400.348/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 29/08/2017)

Assim, tendo havido fundamentação concreta, pelo Tribunal local, 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, 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.

Nessa linha:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DAS DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. 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 aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, §

Superior Tribunal de Justiça

4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado, de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa. In casu, o entendimento registrado na origem está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, firmada no sentido de que a considerável quantidade, a variedade e a natureza das drogas apreendidas, pressupõe a dedicação à atividade criminosa, revelando-se suficiente a afastar a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

3. A reforma do entendimento das instâncias ordinárias quanto à dedicação dos pacientes às atividades criminosas constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percutiente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

(...)

Habeas corpus não conhecido.

(HC 375.681/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, Dje 24/02/2017) - grifei.

Quanto ao regime, verifico que a quantidade e a natureza da droga apreendida - 100,4g de maconha e 38g de cocaína - autorizam a fixação de regime prisional mais gravoso, para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei de Drogas.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06). NÃO APLICAÇÃO. DEDICAÇÃO DOS PACIENTES ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo,

Superior Tribunal de Justiça

considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para não aplicar a minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas ao caso concreto, em razão da dedicação dos pacientes à atividade criminosa, evidenciada sobretudo pela quantidade de drogas apreendida - 1.492g de maconha -, alidada às circunstâncias do delito, está em consonância com o entendimento desta Corte Superior de Justiça. Ademais, para se acolher a tese de que os pacientes não se dedicam à atividade criminosa, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em habeas corpus.

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, de acordo com o disposto no enunciado n. 440 da Súmula desta Corte e os enunciados ns. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal - STF.

4. Sedimentou-se, ainda, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º, do Código Penal em conjunto com o art. 42 da Lei 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

No caso dos autos, é imperiosa a fixação do regime prisional mais gravoso, pois, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal e o quantum de pena permitam, em tese, o regime intermediário, a elevada quantidade da droga apreendida - quase 1,5kg de maconha -, justifica a fixação do regime fechado, nos termos do art. 33, § 2º, b e § 3º, do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/06.

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 478.221/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 21/2/2019, DJe 6/3/2019) - (grifei)

Por fim, mantida a reprimenda fixada na origem, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ante o exposto, **não conheço** do habeas corpus.

Superior Tribunal de Justiça

Intimem-se.

Brasília/DF, 20 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

