

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 542.313 - SP (2019/0322424-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
KAREEN PATRICIA BANDEIRA PEREIRA FERREIRA -
SP257821
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUSTAVO HENRIQUE DOS SANTOS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de GUSTAVO HENRIQUE DOS SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 1500226-59.2019.8.26.0617).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 13/22).

Irresignadas, as partes interpuseram apelações, sendo improvido o recurso da defesa e parcialmente provido o ministerial para fixar o regime inicial fechado (e-STJ fls. 23/33), em acórdão assim ementado:

Tráfico ilícito de entorpecentes – Autoria e materialidade delitivas não questionadas – Pena corretamente fixada – Quantidade de droga que não pode ser considerada para elevar a pena-base e negar o privilégio - Bis in idem - Descabimento da minorante – Regime fechado que melhor se ajusta ao início do cumprimento – Inviabilidade de substituição por penas alternativas - Inconstitucionalidade da pena de multa rejeitada – Associação para o crime de tráfico improvada – Estabilidade do vínculo não autenticada – Absolvição mantida – Apelo defensivo desprovido, acolhendo-se, em parte, o recurso ministerial.

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 3/12), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impõe constrangimento ilegal ao paciente, pois não

Superior Tribunal de Justiça

aplicou o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, embora os requisitos legais para a incidência do benefício tenham sido preenchidos. Para tanto, afirma que a prática de atos infracionais anteriores ou a quantidade de entorpecentes apreendidos não são critérios idôneos e suficientes para impedir a aplicação da referida causa de diminuição.

Além disso, assevera que a gravidade abstrata do delito não é suficiente para o recrudescimento do regime inicial.

Em consequência do pleiteado redimensionamento da pena, defende o cabimento do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a concessão da ordem para que a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 seja aplicada, redimensionando-se a pena do paciente, além da fixação de regime prisional mais brando e substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 37/39).

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 43/46, opinou pelo não conhecimento ou pela denegação da ordem, nos termos da seguinte ementa:

EMENTA: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO (ART. 33, § 4º, LEI N. 11.343/06). ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO TRÁFICO DE DROGAS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME INICIAL FECHADO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE.

Parecer pelo não conhecimento ou denegação do writ.

É o relatório. **Decido.**

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada

Superior Tribunal de Justiça

impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

No caso, para uma melhor compreensão da controvérsia, confira-se a fundamentação adotada pelas instâncias ordinárias para justificar a negativa de aplicação da redutora do tráfico privilegiado (e-STJ fls. 20/21):

[...]

Esclareço que deixo de aplicar a causa de diminuição prevista no §4º do art. 33, da Lei de Drogas, porque, além da natureza e expressiva quantidade das drogas apreendidas, o réu ostenta inúmeras passagens pela Vara da Infância e Juventude (certidões de fls. 70/81), inclusive com condenações por ato infracional equiparado ao tráfico, o que leva à conclusão de que ele se dedica a atividades criminosas, fazendo do tráfico o seu meio de subsistência. Logo, inviável a aplicação do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

A esse respeito, confira-se: “O envolvimento reiterado do paciente, quando menor, em atos infracionais equiparados ao crime de tráfico de drogas, é elemento capaz de afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, na medida em que revela a sua dedicação em atividades criminosas” (STJ, HC 333.749/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, j. 02/02/2017).

[...]

Da leitura dos autos, extrai-se que as instâncias locais concluíram pela dedicação do paciente a atividades criminosas em razão da prática de atos infracionais análogos ao tráfico de drogas pelo paciente.

Com efeito, cabe registrar que esta Corte Superior tem entendido que o envolvimento do paciente quando adolescente em atos infracionais, sobretudo quando relacionado ao crime de entorpecentes, podem justificar a não aplicação da causa especial de diminuição da pena, porquanto demonstra a dedicação do agente a práticas criminosas (HC n. 423.378/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017).

Nesse mesmo sentido:

Superior Tribunal de Justiça

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO ESPECIAL DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. PRÁTICA DE ATOS INFRACIONAIS. POSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto em sintonia com a jurisprudência pacífica do STJ.

2. Como é consabido, para a incidência da minorante especial prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, é necessário o preenchimento dos requisitos legais previstos no dispositivo, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação às atividades criminosas e não integração à organização criminosa.

3. A existência de atos infracionais praticados pelo agente, embora não caracterizem reincidência ou maus antecedentes, podem denotar dedicação às atividades criminosas, de modo a justificar a negativa da minorante do §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, ante o não preenchimento dos requisitos legais. Precedentes.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1560667/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 23/10/2017)

Dessa forma, tendo em vista que o entendimento do Tribunal local está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, não há se falar em constrangimento ilegal na não aplicação da redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Quanto ao regime, assim justificou a Corte local na reforma da sentença para fixar o inicial fechado (e-STJ fl. 31):

[...]

E diante da quantidade extraordinária de drogas constritas, circunstância que prepondera sobre aquelas estabelecidas pelo diploma penal substantivo, nos termos do artigo 42 da Lei n.º 11.343/06, reputo devido o regime fechado ao início do

Superior Tribunal de Justiça

cumprimento, não havendo, in casu, qualquer relevância na cogitação sobre a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, porquanto justificada a imposição já nos termos gerais do art. 33, § 3º do Código Penal e da própria lei de regência.

No aspecto, qualquer imposição menos vigorosa, mormente pela própria expressão do malfeito, importaria mau trato ao primado da suficiência.

Diante disso, verifico que a Corte local justificou adequadamente a fixação do regime mais gravoso, utilizando a quantidade e natureza do entorpecente apreendido – 167g de maconha e 15,135 kg de cocaína -, o que autoriza 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, ilustrativamente:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). NATUREZA DO ENTORPECENTE E CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS DO DELITO. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o disposto no art. 42 da Lei de Drogas.

2. A Terceira Seção deste Tribunal decidiu que "é possível - desde que com base em motivação concreta - estabelecer regime prisional mais gravoso do que aquele que corresponderia, como regra geral, à pena aplicada. Tal fundamentação, porém, deve ser aferida caso a caso" (HC 362.535/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 08/03/2017).

3. Embora o paciente seja primário e a pena-base tenha sido estabelecida no mínimo legal, o Tribunal de origem fixou, fundamentadamente, o regime mais gravoso do que o previsto para a sanção imposta, em razão da natureza do entorpecente apreendido (cocaína) e das circunstâncias concretas do delito, diante da comprovação do fato de que o acusado aliciava adolescentes para a prática criminosa, conforme autoriza os

Superior Tribunal de Justiça

arts. 33 §§ 2º e 3º, c.c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

4. *Agravo regimental não provido.* (AgRg no HC 443.648/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 30/05/2018)

Ante o exposto, com base no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno do STJ, **não conheço** do presente *habeas corpus*.

Intimem-se.

Brasília/DF, 20 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

