

HABEAS CORPUS Nº 501.256 - SP (2019/0088720-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUCIANA ANGELO ALMEIDA SANTOS - SP249568
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAVID VILARES MORCELLI

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de DAVID VILARES MORCELLI contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO no julgamento da Apelação n. 0068085-92.2017.8.26.0050.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 21-25).

No julgamento da apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa, mantendo incólume a sentença condenatória (e-STJ fls. 26-35).

Nesta via, sustenta a impetrante que o paciente preenche os requisitos para a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 na fração máxima de 2/3 (dois terços).

Assevera a ausência de fundamentação apta a justificar a fixação do regime inicial fechado, sendo devida, no caso dos autos, a alteração para o modo aberto, aduzindo, ainda, que é cabível a substituição da reprimenda privativa por restritiva de direitos.

Requer ao final, a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com o estabelecimento de regime prisional aberto, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 38-39).

As informações foram prestadas (e-STJ fls.48-63).

O Ministério Público Federal, às fls. 70-77 (e-STJ), manifestou-se pelo não conhecimento da ordem.

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 artigo 105 da Constituição Federal, 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 artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Insta consignar que o § 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a 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.

Tendo destinatário certo, este Tribunal Superior vem afastando a aplicação do benefício legal em casos que envolvem grande apreensão de entorpecente, porque, em hipóteses tais, sem a necessidade de amparo em provas, resta evidenciado que o indivíduo não se enquadra no modelo imaginado pelo legislador, mormente porque os pressupostos "*não se dedicar a atividades criminosas*" e "*não integrar organização criminosa*" são inconciliáveis com o manejo, em grande escala, de drogas.

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:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO.

POSSIBILIDADE. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI DE TÓXICOS. RÉ QUE SE DEDICAVA À ATIVIDADE CRIMINOSA. DESCABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SANÇÃO MAIOR QUE QUATRO ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. RÉ PRIMÁRIA E SEM MAUS ANTECEDENTES. ADEQUAÇÃO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

IV - Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

V - Na espécie, houve fundamentação concreta e idônea para o afastamento do tráfico privilegiado, lastreada na diversidade e quantidade de drogas apreendidas, elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, pois demonstram que a paciente se dedicava às atividades criminosas. Rever essa constatação, para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus.

Precedentes.

VI - No que tange ao regime inicial de cumprimento da pena, cumpre registrar que o Plenário do 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, não sendo

mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo.

VII - No presente julgado, não foi apresentado nenhum fundamento concreto para o agravamento do regime, a não ser a gravidade abstrata do delito, razão pela qual, a paciente faz jus ao regime semiaberto, para início de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, § 2º, "b", do CP.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime semiaberto, para o início de cumprimento da pena, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 497.295/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 09/04/2019, DJe 12/04/2019)"

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS CONSTATADA A PARTIR DE PROVAS COLHIDAS AO LONGO DA INSTRUÇÃO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO QUE DEMANDARIA O REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A teor do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, as penas do crime de tráfico poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, desde que o agente seja primário, com bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa. Em relação aos critérios legais que norteiam o grau da redução, firmou este Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a quantidade e/ou a natureza da droga, bem como as demais circunstâncias do caso, podem balizar o índice de diminuição, ou, até mesmo, justificar a não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciada a dedicação do réu à atividade criminosa.

2. Afastada a redutora pela Corte a quo, com fundamento em circunstâncias do caso que evidenciem a dedicação do réu à atividade criminosa, tal qual ocorre no presente caso, a pretendida revisão do julgado implicaria o reexame do material cognitivo produzido nos autos, insuscetível de ser realizada na estreita via do habeas corpus. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 488.862/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/04/2019, DJe 10/04/2019)"

Na espécie, diante das circunstâncias concretas do delito, haja vista a natureza, diversidade e quantidade dos entorpecentes apreendidos – **44,9 gramas de cocaína, 2,9 gramas de crack e 20,2 gramas de maconha** (e-STJ fl. 31) –, entendeu o Tribunal de origem que o paciente dedicava-se à atividade criminosa, motivo pelo qual afastou a incidência do benefício previsto no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06, *in verbis* (e-STJ, fls. 32-33):

"Na terceira fase, a sentenciante deixou corretamente de

aplicar a causa de redução de pena do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, pois, apesar de o acusado ser primário e não ter maus antecedentes, bem como inexistirem evidências de que esteja envolvido com organização criminosa, a variedade e a quantidade dos entorpecentes apreendidos evidencia que ele se dedica à atividade criminosa de maneira habitual, até porque não se pode imaginar que traficante iniciante e eventual tivesse em seu poder tamanha quantidade de drogas."

Desta forma, não se pode dizer que o Tribunal de origem incidiu em constrangimento ilegal, pois, entendendo que o paciente não satisfazia as exigências para a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, fundamentadamente rechaçou a sua incidência.

Quanto ao regime inicial, verifica-se que o fechado foi mantido pelo Tribunal impugnado, sob o seguinte fundamento (e-STJ fls. 33-34):

"Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, não apenas em razão da quantidade de pena e da natureza do crime, que gera graves prejuízos sociais, merecendo, por isso mesmo, tratamento mais severo, mas, notadamente, por se verificar que, in casu, face à evidência de não se tratar de pequeno e eventual traficante, tendo em vista a variedade e quantidade das drogas apreendidas, tal medida não seria socialmente recomendável.

Anote-se, a propósito, que, não obstante a edição, pelo Senado Federal, da Resolução nº 05/2012, que suspendeu a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS, tal substituição não se afigura possível no caso dos autos em que, como já mencionado, a variedade e a quantidade das drogas demonstra a altíssima reprovabilidade da conduta do acusado.

Dessa forma, ausentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal, face à quantidade de pena, à maior reprovabilidade da conduta e à negativa conduta social, impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Pelas mesmas razões, não há que se cogitar da fixação de outro regime, que não o fechado, estabelecido na sentença.

Consigne-se, portanto, que o regime inicial fechado não está sendo fixado em razão da quantidade de pena, tampouco da gravidade abstrata do delito, mas das circunstâncias concretas em que praticado o crime em questão, reveladoras da necessidade da imposição de regime mais gravoso, para fins de repressão e prevenção."

Da leitura do excerto acima transcrito, vê-se que o regime prisional mais gravoso foi mantido com base na gravidade concreta do crime cometido, demonstrada, especialmente, pela quantidade, variedade e natureza dos entorpecentes apreendidos.

Ademais, levando-se em conta o *quantum* final da reprimenda aplicado, bem como a presença de circunstância judicial desfavorável, na primeira fase da dosimetria (e-STJ fl. 32), entende-se proporcional a escolha do regime prisional fechado, conforme disposto no artigo 33 do Código Penal.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SENTENÇA QUE MANTEVE A SEGREGAÇÃO CAUTELAR PELAS MESMAS RAZÕES DO DECRETO PRISIONAL PRIMEVO. REGIME INICIAL FECHADO. ADEQUADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL (ART.

33, § 2º E § 3º, CP). QUANTIDADE DE DROGA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal.

III - Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, para a garantia da ordem pública, notadamente se considerada a quantidade, variedade e potencialidade lesiva das drogas apreendidas - 1.334,7 g. de maconha e 3.5 g. de cocaína - circunstância indicativa de um maior desvalor da conduta em tese perpetrada, bem como da periculosidade concreta do agente, a revelar a indispensabilidade da imposição da medida

extrema. Precedentes.

IV - A presença de circunstâncias pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não tem o condão de garantir a revogação da prisão se há nos autos elementos hábeis a justificar a imposição da segregação cautelar, como na hipótese.

Pela mesma razão, não há que se falar em possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

V - O regime adequado à hipótese é o inicial fechado, uma vez que houve fundamentação idônea a lastrear a aplicação do regime mais gravoso, em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente, em consonância com o entendimento desta Corte, ex vi do art. 33, parágrafo 2º, b, e parágrafo 3º, do Código Penal, e art. 42 da Lei n. 11.343/06.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 497.857/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 29/04/2019)"

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO.

TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA UTILIZADA PARA EXASPERAR A PENA-BASE E PARA AFASTAR O REDUTOR. POSSIBILIDADE. BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Concluído pela instância antecedente, com fulcro na quantidade e na natureza do entorpecente - 1 tijolo de maconha (896,67 g), 1 tablete de crack, (375,91 g) e 1 invólucro de cocaína (89,73 g) -, assim como no modus operandi e nos demais elementos constantes dos autos, que o paciente se dedica ao tráfico de entorpecentes, a alteração desse entendimento - para fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de

Superior Tribunal de Justiça

habeas corpus. Precedentes.

4. Não há se falar em bis in idem, pois, além da quantidade e da natureza da droga apreendida, há outros elementos dos autos que evidenciam a dedicação do paciente em atividades criminosas.

5. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena de 6 anos e 8 meses de reclusão, em razão da aferição negativa das circunstâncias judiciais, que justificaram o aumento da pena-base, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

6. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 493.654/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 30/04/2019)"

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 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. Intimem-se.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator