

HABEAS CORPUS Nº 539.530 - SP (2019/0308284-3)

**RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANTONIO CARLOS BARBOSA LEITE FILHO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus**, impetrado em favor de **ANTONIO CARLOS BARBOSA LEITE FILHO** contra acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado às penas de 06 (seis) anos de reclusão, em regime fechado, e 600 (seiscentos) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação ao Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao apelo, para reduzir a sanção ao patamar de **05 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa**, nos termos do acórdão juntado às fls. 29-33.

No presente **writ**, o impetrante sustenta constrangimento ilegal na dosimetria da pena, sob a alegação de que não houve fundamentação idônea a justificar a não aplicação da fração máximo da redutora capitulada no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, vez que o paciente é primário, de bons antecedentes, bem como não há provas de que se dedique às atividades criminosas e nem que integre organizações criminosas.

Igualmente, alega que houve afronta aos enunciados das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 desta Corte Superior, ao argumento de que o regime inicial de cumprimento de pena foi fixado com base na hediondez do crime.

Requer, ao final, a concessão da ordem, para que incida o privilégio descrito no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, bem como a readequação

do regime prisional, e a substituição da pena privativa de liberdade, por restritivas de direitos (fls. 3-10).

As informações foram prestadas às fls. 44-56.

O Ministério Público Federal, às fls. 58-60, manifestou-se nos termos da seguinte ementa:

"Habeas Corpus. Tráfico de drogas. Afastamento da minorante do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas. Legalidade. Paciente com histórico de atos infracionais, inclusive em tráfico de drogas, além de possuir ação penal em andamento por associação para o tráfico e ter confessado em juízo a dedicação à atividade ilícita. Precedentes do STJ. Mantida a quantidade de pena imposta na origem (5 anos de reclusão), inviável a modificação do regime prisional semiaberto. Parecer pela denegação do writ."

É o relatório.

Decido.

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.

Destarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

O impetrante sustenta que não houve fundamentação idônea a justificar a não aplicação da redutora capitulada no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, vez que o paciente é primário, de bons antecedentes, bem como não há provas de que se dedique às atividades criminosas e nem que integre organizações criminosas.

O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja

primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

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.

Quanto ao **punctum saliens**, o Tribunal de origem, quando do julgamento do recurso de apelação, assim se pronunciou, **in verbis**:

"Assim, as penas do recorrente são reduzidas para os seus patamares mínimos, isto é, cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa, que são as penas definitivas, uma vez que o apelante não faz jus ao benefício previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, já que, de há muito envolvido em atividade criminosa voltada para o tráfico de drogas.

A respeito, bem discorre a ilustrada Procuradoria Geral de Justiça, em judicioso parecer:

"... escoreita a opção pretoriana por denegar-lhe a incidência do redutor, vez que está envolvido em atividade criminosa há muito:

- a certidão do Distribuidor da Vara da Infância e Juventude, a fls. 127 indica que cometeu roubo, infração de trânsito, e narcotráfico, enquanto adolescente;

- e, adulto, veio a ser preso em flagrante no dia 19 de abril de 2017 por associação ao narcotráfico (confira-se fls. 16), obtendo liberdade provisória, na audiência de custódia (fls. 17), com medidas cautelares descritas a fls. 18; mas, voltou a delinquir, sendo pilhado em flagrante de tráfico de drogas, no dia 19 de junho de 2018" (fls. 191a 192).

Inacolíveis, por fim, os pedidos de alteração do regime prisional e de substituição da pena privativa de liberdade."

Na espécie, ao contrário do que aduz a defesa, **houve fundamentação concreta e idônea para o afastamento do tráfico privilegiado, lastreada no fato de que o paciente "veio a ser preso em flagrante no dia 19 de abril de 2017 por associação ao narcotráfico (confira-se fls. 16), obtendo liberdade provisória, na audiência de custódia (fls. 17), com medidas cautelares descritas a fls. 18; mas, voltou a delinquir," elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n.**

11.343/06, pois demostram que o paciente se dedicava às atividades criminosas.

Com efeito, os requisitos previstos na causa de diminuição (o agente ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa) são de observância cumulativa, vale dizer, a ausência de qualquer deles, implica a não aplicação da causa de diminuição de pena.

É consabido que inquéritos e ações penais em curso não podem ser valoradas como maus antecedentes, de modo a agravar a pena do Réu quando das circunstâncias judiciais avaliadas em dosimetria de pena na primeira fase, para fins de aumentar a pena-base.

Contudo, na espécie, não se trata de avaliação de inquéritos ou ações penais para agravar a situação do Réu condenado por tráfico de drogas, mas como forma de afastar um benefício legal, desde que existentes elementos concretos para concluir que ele se dedique à atividades criminosas, sendo inquestionável que em determinadas situações, a existência de investigações e/ou ações penais em andamento possam ser elementos aptos para formação da convicção do magistrado.

Atividade criminosa, conforme orientação doutrinária do Professor Renato Brasileiro de Lima, acima citada, deve ser interpretada como meio de vida obtido através da criminalidade, ou seja, aquele que provê seu sustento através de atividade lícita, considerando aplicável a diminuição de causa se *"o crime de tráfico a ele imputado naquele processo um evento isolado em sua vida."*

Suponha-se que determinada pessoa seja surpreendida comercializando drogas, preso em flagrante e concedida liberdade provisória. No decorrer do feito, sentenciado e condenado pela prática de tráfico de drogas, interpõe recurso. No interregno recursal, é novamente surpreendido com drogas, processado pela segunda vez por tráfico de drogas.

Ainda que inexistia trânsito da ação penal anterior, entendendo evidenciado que referido Réu não deve ser agraciado com a benesse legal, porque

há elementos concretos (ações penais, prisões, inquéritos) que indicam sua dedicação a atividade criminosa e, por isso, a decisão estaria devidamente fundamentada.

Nesse compasso, a Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n. 1.431.091/SP, em sessão realizada no dia 14/12/2016, firmou orientação no sentido de que inquérito policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, por indicarem que o agente se dedica a atividades criminosas.

Sobre o tema:

"Penal e constitucional. Habeas corpus. Tráfico de entorpecentes (art. 33 da Lei n. 11.343/2006). Causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Afastamento: paciente dedicado a atividades criminosas. Extensa ficha criminal revelando inquéritos e ações penais em andamento. Ausência de ofensa ao princípio da presunção de inocência. dosimetria da pena, substituição por restritiva de direitos e regime aberto: Questões não examinadas pelo Tribunal a quo. Não conhecimento. 1. O § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 dispõe que "Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa". 2. In casu, a minorante especial a que se refere o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 foi corretamente afastada ante a comprovação, por certidão cartorária, de que o paciente está indiciado em vários inquéritos e responde a diversas ações penais, entendimento que se coaduna com a jurisprudência desta Corte: RHC 94.802, 1ª Turma, Rel. Min. MENEZES DE DIREITO, DJe de 20/03/2009; e HC 109.168, 1ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 14/02/2012, entre outros. 3. Os temas atinentes à dosimetria da pena, à substituição por restritiva de direitos e ao regime aberto não foram examinados no Tribunal a quo, por isso são insuscetíveis de conhecimento, sob pena de supressão de instância. 4. Habeas corpus conhecido em parte e denegada a ordem nessa extensão" (HC n. 108.135/MT, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 27/6/2012).

**"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO.
INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE**

ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO ÀS PENAS DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. AÇÕES PENAIS EM CURSO. ERESP 1.431.091/SP. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTOS IDÔNEOS A AFASTAR O BENEFÍCIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. MONTANTE DA PENA QUE NÃO ATENDE AO REQUISITO OBJETIVO PREVISTO NO INCISO I DO ART. 44 DO CP. REGIME PRISIONAL. TRIBUNAL QUE APLICOU O REGIME FECHADO EM RAZÃO DA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. - 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.

- No caso, a causa redutora de pena não pode ser aplicada, em razão de o réu se dedicar a prática de atividades criminosas, fato evidenciado pela quantidade, variedade e natureza de entorpecentes apreendidos, bem como pelo fato de ostentar ações penais em curso. - Esta Corte firmou o entendimento segundo o qual é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica às atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06 (ERESP 1431091/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 01/02/2017).

- 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 o 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. - Mantida a condenação em patamar superior a 4 anos, resulta inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, I, do CP. - O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal.

- Na hipótese, como bem destacado pelo Tribunal a quo, tendo em vista a natureza, diversidade e grande quantidade de drogas apreendidas (maconha, cocaína e crack), recomendável a fixação do regime inicial fechado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido." (HC 392.599/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 22/08/2017).

No que tange ao **regime inicial de cumprimento de 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.

Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal. Esse também é entendimento perfilhado por esta Corte, **in verbis**:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS, PORTE ILEGAL DE ARMA E RECEPÇÃO. PENAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. DESCABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SANÇÃO MAIOR QUE QUATRO ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. RÉU PRIMÁRIO E SEM

MAUS ANTECEDENTES. ADEQUAÇÃO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

7. *O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.*

8. *Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, em se tratando de réu primário e com bons antecedentes, não existe razão para negar o regime inicial semiaberto.*

9. *Ordem de habeas corpus não conhecida. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente". (HC n. 239.999/MS, Quinta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJe de 21/8/2014, grifei).*

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. QUANTIDADE DE DROGAS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]

3. *Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.*

4. *In casu, a imposição do regime inicial fechado baseou-se, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento*

dos Tribunais Superiores. Ademais, sequer foi analisada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quanto aos pacientes DEIVID e SIDNEY.

[...](HC n. 271.147/SP, Sexta Turma, Rel^a. Min^a.

Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 26/9/2014, grifei).

Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

In casu, o regime adequado à hipótese é o inicial **fechado**, uma vez que houve fundamentação idônea a lastrear a aplicação do regime mais gravoso, **lastreada na grande quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos**, 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.

Sobre o tema colaciono os seguintes arestos:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME PRISIONAL FECHADO.[...] PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 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.

- 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 n. 440/STJ e 718 e 719/STF.

- No caso, apesar de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e o montante da sanção (5 anos de reclusão)

comportar o regime semiaberto, o acórdão recorrido consignou a necessidade do regime mais gravoso com lastro na quantidade, variedade e nocividade das drogas apreendidas, as quais, inclusive, fundamentaram o não reconhecimento do privilégio, o que está em consonância à jurisprudência desta Corte e ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido" (HC n. 385.934/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 5/4/2017 - grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE MAJORADA EM RAZÃO DA NATUREZA DA DROGA. REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO SUPERIOR A 4 ANOS. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

[...] 2. Fixada pena final superior a quatro anos e presente circunstância judicial desfavorável, é lícita a fixação do regime inicial fechado, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006 c/c os arts. 59 e 33, § 3º, ambos do Código Penal. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC n. 380.021/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 22/3/2017 - grifei).

Ante o exposto, não conheço do **writ**.

P. e I.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator