

HABEAS CORPUS Nº 541.041 - SP (2019/0315285-0)

RELATOR : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
IMPETRANTE : LUIZ FERNANDO RAMOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIZ FERNANDO RAMOS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, impetrado de próprio punho por LUIZ FERNANDO RAMOS, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0061533-77.2018.8.26.0050.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 680 dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/06 (fls. 17-23).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo, consoante voto condutor do v. acórdão de fls. 24-29.

Dai o presente **writ**, onde o impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na condenação pelo crime de tráfico de drogas.

A Defensoria Pública, às fls. 55-56, manifestou-se pela concessão da ordem de ofício conforme requerido na inicial ou, subsidiariamente, que a presente petição seja encaminhada ao E. TJ/SP para, formação de expediente de revisão criminal em favor do paciente.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja absolvido ou desclassificada a conduta para a descrita no art. 28 da Lei de Drogas. Subsidiariamente, pugna pela fixação da pena-base no mínimo legal e

reconhecimento da causa especial de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, com consequente fixação de regime diverso do fechado.

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 4-50.

Informações prestadas às fls. 15-16.

O Ministério Público Federal, às fls. 59-61, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ** ou pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

"PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE PRÓPRIO PUNHO IMPETRADO COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. DESCABIMENTO. INSURGÊNCIA CONTRA CONDENAÇÃO. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PARECER POR NÃO CONHECIMENTO OU DENEGAÇÃO DO WRIT" (fl. 59).

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 **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.

Tal posicionamento tem por objetivo preservar a utilidade e eficácia do **habeas corpus** como instrumento constitucional de relevante valor para a proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, de forma a garantir a necessária celeridade no seu julgamento. Desta forma, incabível o presente **mandamus**, porquanto substitutivo de recurso especial.

Em homenagem ao princípio da ampla defesa, no entanto, passa-se ao exame da insurgência, a fim de se verificar eventual constrangimento ilegal

passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Inicialmente, em relação ao pedido de fixação da pena-base no mínimo legal, insta consignar que, nos termos da jurisprudência desta Corte, condenações anteriores ao prazo depurador de 5 anos, malgrado não possam ser valoradas na segunda fase da dosimetria como reincidência, constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base a título de **maus antecedentes, como ocorrido na hipótese**.

Quanto ao tema, os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. FURTO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO ATINGIDAS PELO PRAZO DEPURADOR DE CINCO ANOS. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA INCREMENTO DA PENA-BASE. PLEITO DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A CONFISSÃO E A REINCIDÊNCIA. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE MANTEVE A COMPENSAÇÃO PARCIAL, ANTE A MÚLTIPLA REINCIDÊNCIA DO ACUSADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INEXISTÊNCIA DE COAÇÃO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- *O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.*

- *A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.*

- *Nos termos da jurisprudência desta Corte, as condenações atingidas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora afastem os efeitos da reincidência, não impedem o reconhecimento dos maus antecedentes. Precedentes.*

- *Em decorrência, ao contrário do alegado pela defesa, inexistente constrangimento ilegal na fixação da pena-base em 1/5 acima do piso legal, com lastro em duas condenações*

pretéritas de mais de cinco anos, pois estas são aptas a configurar maus antecedentes. Precedentes.

- No julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS, ocorrido em 23/5/2012 (DJe 4/9/2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal pacificou o entendimento de que é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.

- Contudo, no caso em tela, ressaí dos autos que o paciente possui três condenações definitivas utilizadas na segunda fase da dosimetria, a título de reincidência, circunstância que justifica a preponderância da agravante em tela sobre a atenuante da confissão espontânea, não sendo hipótese de integral compensação, tal como pleiteado no presente writ. Ademais, é proporcional e razoável o agravamento da pena em apenas 1/6 na segunda fase da dosimetria da pena, tal como feito na sentença e mantido pelo acórdão recorrido. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido." (HC 413.693/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 5/10/2017, DJe 16/10/2017, grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INDEFERIMENTO LIMINAR DA INICIAL. NULIDADE DO PROCESSO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO. INEVIDÊNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONDENAÇÃO COM MAIS DE 5 ANOS DE TRÂNSITO EM JULGADO. CARACTERIZAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA. ADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE UM DOS REQUISITOS PREVISTOS NA LEI N. 11.343/2006. REGIME FECHADO. ADEQUADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL.

1. É pacífico nesta Corte Superior o entendimento de que, tratando-se de flagrante por crime permanente, no caso, por tráfico de drogas, desnecessário tanto o mandado de busca e apreensão quanto a autorização para que a autoridade policial possa adentrar no domicílio do paciente, conforme previsto no 5º, XI, da CF.

2. Não há qualquer ilegalidade na valoração desfavorável dos antecedentes do paciente com base em processo cuja condenação definitiva por prazo superior a cinco anos. A teor da jurisprudência desta Corte, condenações anteriores

transitadas em julgado, alcançadas pelo prazo depurador de cinco anos previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora afastem os efeitos da reincidência, não impedem a configuração de maus antecedentes.

3. Inaplicável a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, haja vista que o paciente não preenche os requisitos legais, porquanto ostenta maus antecedentes.

4. Nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, considerando a pena aplicada, superior a 4 anos e a presença de circunstância judicial desfavorável, com a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal, fica perfeitamente justificado o regime prisional fechado, não havendo falar, portanto, em existência de constrangimento ilegal.

5. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 358.539/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 8/8/2017, DJe 16/8/2017, grifei).

Quanto ao pleito de absolvição ou desclassificação para a conduta prevista no § 2º do art. 28 da Lei de Drogas, as instâncias ordinárias entenderam estarem presentes provas suficientes da **materialidade** e da **autoria** delitiva do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, **caput**, da Lei 11.343/06. Destacam-se os seguintes trechos da r. sentença, confirmada pelo v. acórdão impugnado, **in verbis**:

"A materialidade do delito encontra amparo no laudo toxicológico definitivo de fls. 140/142. Os peritos chegaram a conclusão que o material apreendido era de fato maconha c cocaína.

No quesito autoria, na fase inquisitorial, verificou-se que o réu negou envolvimento com o tráfico e sequer portava qualquer entorpecente na ocasião dos fatos. Abordado pela ROTA foi conduzido ao distrito para csclarccimntos.

Em juízo, o réu negou qualquer envolvimento com o tráfico. Tinha acabado de sair da casa quando de repente viu "um monte de gente correndo". Acabou abordado e inquirido acerca das pessoas que correram, do qual disse que desconhecia. Confirmou que lá havia um ponto de venda de entorpecente. Acabou sendo entrevistado pelos policiais e disse que estava em "condicional" e que assinara fazia seis meses, pois estava esperando a regularização do seu processo que o juiz de Mauá ficara de mandar para esta Capital. E enquanto

estava sendo inquirido, a polícia apareceu com mais dois rapazes, ambos desconhecidos. Ouviu os policiais perguntando aos dois se tinham passagens criminais, ao que um deles respondeu que tinha por tráfico. Em meio a abordagem, acabou agredido por um tapa no rosto. Sua genitora inclusive foi chamada e foi dito a ela que seria levado para ver a situação da condicional. Os dois rapazes foram liberados. Posteriormente da delegacia foi encaminhado à audiência de custódia.

Desde a fase inquisitorial foram amealhados elementos de prova em desfavor do rcu. Ambos os policiais foram categóricos em apontar que observaram o réu no patrulhamento de rotina em local conhecido como de tráfico e correu quando viu a viatura se aproximar. Abordado e revistado, com ele foi encontrada uma pochete, contendo 16 porções de cocaína e 30 porções de maconha, além de trinta reais em dinheiro.

Sob o crivo do contraditório, os policiais mantiveram a uniformidade.

Ivan Pereira foi categórico. Anunciou que o ponto era local conhecido e que patrulhava no local quando observaram o réu em atitude suspeita. O réu estava com outra pessoa e iniciaram uma fuga. Efetuada a abordagem, apenas o réu foi detido e em seu poder foi apreendida a pochete contendo cocaína e maconha, além do dinheiro.

Na mesma senda, o policial Paulo Roberto que também informou que a motivação da abordagem era o local - ponto conhecido de venda - e porque o réu e um outro sujeito, ao verificarem a presença da viatura, saíram correndo, sendo apenas o réu contido e abordado. Com o réu fora encontrada uma pochete que continha droga, além de dinheiro. O réu reconheceu que a finalidade era o tráfico.

Ambos os policiais disseram que desconheciam o rcu. O réu, em juízo, também deixou entrever que desconhecia os policiais.

Daiane mencionou ter visto a abordagem do réu.

Estava a esperar algum parente, por volta das 18:30, quando estava escurecendo e observou policiais efetuando a abordagem de dois rapazes. Logo viu o réu passando e observou que os policiais liberaram os dois rapazes e seguraram o réu. Verificou a revista do réu e ele nada portava. Foram pedidos documentos do réu e inclusive chamada a genitora dele. Segundo os policiais, o réu estava sendo detido para averiguação. Foi então que a genitora do réu foi apanhar os documentos e os policiais o apresentaram no Distrito. Contudo, a genitora esteve lá e não foi dada qualquer informação, mencionando apenas que o réu seria apresentado na audiência de custódia.

Nada há nos autos para afastar a versão ofertada pelos policiais. O policial, agindo dentro de sua função pública, goza da presunção juris tantum de agir csrcrcitamentc, presumindo-se ser legítima a sua atuação, sendo certo que como qualquer pessoa, pode ser testemunha, prestando compromisso de dizer a verdade. Até mesmo porque o policial "deve no exercício das funções (e depor sobre suas ações constitui parte de seu mister) igualmente dizer a verdade, só não merecendo consideração se os indícios

constantes dos autos o contrário revelem... "".

Por estes motivos a simples condição de policial, conforme reconhece a Suprema Corte², não torna a testemunha impedida ou suspeita.

Assim em que pese a mística envolvendo o depoimento policial, este só deve ser visto com reservas quando, por elementos concretos existentes nos autos, existirem circunstâncias que apontem para o fato de que o policial tem interesse em acusar o réu para justificar eventual excesso que tenha cometido, ou outras razões concretas que apontem para sua suspeição, ainda que exista contradição, circunstância normal em face da própria natureza da atuação e do número de casos que um policial atende.

Sendo, portanto, o depoimento policial plenamente válido, não podendo ser, aprioristicamente, desconsiderados em razão da condição de policial, máxime quando não contraditados em Juízo³, o que serve de indício da lisura de sua atuação, afasta-se a alegação de falta de validade.

Como visto, os depoimentos das testemunhas foram coesos e uniformes, valendo plenamente, por consequência, como prova incriminatória em desfavor do réu.

A quantidade e diversidade do entorpecente; a situação do réu que tentou fugir; a sua presença em ponto conhecido de tráfico, são fatores que possibilitam e habilitam o reconhecimento de sua responsabilidade criminal.

E mais. Note-se o entrechoque de versões do réu e da testemunha de defesa. A dinâmica mostrou-se diversa, o que compromete a credibilidade do quanto ofertado pela testemunha. Parece que a testemunha e réu viram duas cenas distintas. Enquanto a testemunha viu a abordagem inicial de dois rapazes inicialmente, o réu disse ter visto "um monte de gente correndo", nem mesmo conseguindo dizer quantas seriam!

A testemunha, que aguardava na frente de sua casa, absolutamente nada disse acerca de "pessoas correndo". E conste que sendo da comunidade, o que mais despertaria atenção e memorização seria efetivamente tal episódio.

Para piorar, a testemunha desmentiu o réu quanto ao momento da apresentação dos outros dois rapazes! Teria sido antes ou depois da abordagem do réu?

Esses deslizos, em ponto central da dinâmica dos fatos, compromete toda credibilidade no quanto exposto pela testemunha.

De mais a mais, a própria manifestação da testemunha de defesa não impede que os policiais tivessem apreendido a pochete com o réu, muito embora tivesse sido ela taxativa nesse sentido.

De outra parte, como visto, os policiais foram coerentes e firmes tanto na fase administrativa como na judicial, de forma que não há como desprestigiar ou afastar o teor de seus testemunhos.

Enfim, as provas produzidas na fase policial foram corroboradas no decorrer da instrução, de forma que a procedência é de rigor.

Passo a aplicação da pena.

Estabeleço a pena inicial, com aumento de 1/6, em virtude dos

maus antecedentes (condenação 24ª Vara Criminal - fls.143 c 4ª Vara Criminal - fls.144), totalizando 05 anos e 10 meses de reclusão e ao pagamento de 583 dias-multa. Na segunda fase, tendo em vista a reincidência (condenado por roubo - 3ª Vara Criminal - Santo André - fls.144), elevo a reprimenda em 1/6, totalizando 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão e ao pagamento de 680 dias-multa. Conquanto a droga encontrada não era de quantidade extremamente considerável, em virtude da reincidência, inaplicável a causa de diminuição de pena do §4º do art. 33 da Lei de Tóxicos. Fixo o valor de cada dia-multa no mínimo, ciente das condições financeiras do réu. Não há outras incidências para aplicar.

Em virtude da natureza da infração, da quantidade da pena, dos maus anteccdntcs, da reincidência, inviável conferir qualquer benesse ao réu.

Diante do exposto, julgo procedente o pedido da presente ação penal para Condenar Luiz Fernando Ramos, qualificado nos autos, ao cumprimento de totalizando 06 anos, 09 meses c 20 dias de reclusão de reclusão c ao pagamento de 680 dias-multa pelo valor mínimo, por infração ao art.33 "caput" da Lei 11.343/06.

Deverá iniciar o cumprimento da pena corporal em regime fechado, em virtude de sua reincidência.

Não poderá recorrer em liberdade. Preso em flagrante, foi mantida preso durante a instrução e, assim, não haveria sentido em autorizar o recurso em liberdade, máxime quando revigorados os requisitos do art.312 do Código de Processo Penal, em especial a necessidade de guarnecer o cumprimento da reprimenda ora imposta, em regime de cumprimento mais gravoso. Recomende-se" (fls. 18-23).

Na hipótese, as instâncias ordinárias assentaram que as circunstâncias em que ocorreu a prisão em flagrante demonstra que o réu estava profundamente envolvido com o tráfico de drogas.

Com efeito, **afastar a condenação** ou mesmo **desclassificar a conduta**, demandaria o exame aprofundado de todo conjunto probatório, como forma de desconstituir a conclusão feita pelas instâncias ordinárias, soberano na análise dos fatos, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do **habeas corpus**, que não admite dilação probatória.

Sobre o tema, confirmam-se os seguintes julgados desta Corte de Justiça:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE

RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA EVIDENCIADA. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

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. A pretensão de desclassificação do crime de tráfico para o delito do art. 28 da Lei n. 11.340/2006 ou de absolvição não pode ser apreciada por esta Corte Superior de Justiça, na via estreita do habeas corpus, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos (Precedente).

[...]

8. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 359.728/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 20/03/2018, grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA INVIÁVEL EM SEDE DE HABEAS CORPUS. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DOS CRIMES QUE INDICAM O TRÁFICO HABITUAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PEDIDOS SUBSIDIÁRIOS PREJUDICADOS. AGRAVO NÃO PROVIDO.

- Para a caracterização do crime de associação para o tráfico é imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não se subsume ao tipo do artigo 35 da Lei n.

11.343/2006. Na espécie, tendo a Corte local, com arrimo no conjunto probatório produzido nos autos, constatado que os agravantes praticaram o delito de associação para o tráfico, é inviável desconstituir tal premissa em sede de habeas corpus, diante da necessidade de revolvimento fático-probatório, vedado na estreita via do mandamus, de cognição sumária. Precedentes.

[...]

- Agravo regimental não provido" (AgRg no HC n. 420.808/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 08/03/2018, grifei).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXASPERAÇÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. CONSEQUÊNCIAS DELITIVAS DESFAVORÁVEIS. EVENTO COPA DO MUNDO NO BRASIL. LOCAL FREQUENTADO POR JOVENS E TURISTAS DURANTE O EVENTO. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. ORDEM DENEGADA.

1. O habeas corpus, como é cediço, não é meio próprio para pretensão absolutória, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes do writ. Hipótese em que as instâncias de origem concluíram, com arrimo nas provas e fatos constantes dos autos, que os delitos de tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico restaram plenamente caracterizados. Para se chegar a conclusão diversa, atendendo-se à pretensão de absolvição, seria necessário proceder à análise do conjunto fático-probatório amealhado ao feito, o que não se admite em sede de habeas corpus, via angusta por excelência.

[...]

6. Ordem denegada" (HC n. 418.706/SP, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 14/03/2018, grifei).

Em relação ao reconhecimento da redutora pelo tráfico privilegiado, consigno que nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas poderão ter 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 organização criminosa.

Como é cediço, o legislador ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o **quantum** dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (RHC 72.118/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 26/10/2016 e AgRg no REsp 1.442.055/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015).

In casu, tratando-se de réu **reincidente e portador de maus antecedentes**, é incabível, portanto, a aplicação do redutor por ausência do preenchimento dos requisitos legais.

A propósito:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. REINCIDÊNCIA DO AGENTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. O entendimento consignado pelas instâncias originárias está em conformidade com a orientação firmada neste Tribunal Superior, segundo a qual "A reincidência impede a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, porquanto um dos requisitos legais para a sua incidência é a primariedade do acusado" (HC 360.200/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 1/9/2016, DJe 6/9/2016).

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 960.413/ES, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 06/04/2017).

[...]

REINCIDÊNCIA. NEGATIVA DA BENESSE PREVISTA NO § 4.º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. ÓBICE DO ENUNCIADO SUMULAR N.º 83/STJ. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DO VERBETE NO APELO NOBRE INTERPOSTO COM FULCRO NAS ALÍNEAS A E C DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. ENTENDIMENTO PACÍFICO. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. Hipótese em que o recorrente, em seu apelo nobre, alega violação aos artigos 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06 e 33, § 3.º, do CP, ao argumento de que, a despeito da reincidência, faria jus à incidência da causa de diminuição de pena prevista no primeiro dispositivo legal citado e à fixação do regime inicial semiaberto.

2. O acórdão recorrido vai ao encontro da jurisprudência deste Sodalício no sentido de, em razão da sua reincidência, não ser possível a incidência da causa especial de diminuição da pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, bem como a fixação de regime inicial menos gravoso, circunstância que atrai a incidência do disposto no Enunciado n.º 83 da Súmula deste Sodalício.

3. Questionamento do agravo regimental que colide com o posicionamento desta Corte Superior de Justiça, que se pacificou no sentido de que o óbice previsto no aludido verbeta sumular é aplicável aos recursos especiais interpostos tanto com fundamento na alínea a quanto na alínea c do permissivo constitucional 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 986.726/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017)

Por fim, mantido o **quantum** da reprimenda imposta em patamar superior a 4 anos de reclusão e considerando a **reincidência** do paciente, é incabível a alteração do regime prisional para o aberto ou semiaberto ou mesmo a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, a teor dos arts. 33, § 2º, "b",

e 44, incisos I e II, ambos do Código Penal.

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

P. e I.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

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

Relator