

**HABEAS CORPUS Nº 544.333 - SP (2019/0334646-6)**

**RELATOR** : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**  
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : RICARDO FAGUNDES GOUVEA - SP235162  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : ALEXANDRE PEREIRA RAPOSO (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de **ALEXANDRE PEREIRA RAPOSO** contra acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado às penas de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) 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 negou provimento ao apelo, nos termos do acórdão juntado às fls. 72-79.

No presente **writ**, o impetrante sustenta que não houve justificação adequada a ensejar a não aplicação da redutora capitulada no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, bem como a 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 gravidade abstrata do crime praticado.

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. 3-19).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 87-88).

As informações foram prestadas às fls. 95-132.

O Ministério Público Federal, às fls. 134-137, manifestou-se pela concessão parcial da ordem.

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**:

*"Destarte, a quantidade, a variedade e a forma de acondicionamento das drogas apreendidas - já fracionadas para a venda -, somada às circunstâncias fáticas acima expostas, em especial a prisão em flagrante dos recorrentes em local conhecido como ponto de tráfico, em poder de quantia injustificada de dinheiro e balança de precisão, não deixa dúvida acerca do comércio nefando praticado por eles, sendo incogitáveis as absolvições pretendidas.*

*[...]*

*Na terceira etapa, não obstante a primariedade e ausência de antecedentes dos recorrentes, realmente não era o caso de aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, vez que diante das circunstâncias fáticas do caso tudo indica que eles se dedicavam a atividade criminosa, não se enquadrando na figura do pequeno traficante que o legislador buscou privilegiar."*

Na espécie, ao contrário do que aduz a defesa, **houve fundamentação concreta e idônea para o afastamento do tráfico privilegiado**, lastreada na quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos em local conhecido como ponto de tráfico, **elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, pois demonstram que o paciente se dedicava às atividades criminosas.**

Rever esse entendimento demandaria revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**. Sobre o tema, colaciono o seguinte aresto:

*"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, C/C O ART. 40, VI, AMBOS DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADA À PENA CORPORAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL SEMIABERTO. PLEITO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE A PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. NA PRESENTE VIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 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.*

*- Na espécie, infere-se que o Tribunal de origem conferiu legalidade ao não reconhecimento do privilégio, ao fundamentar que a atividade da paciente não se esgotou no ato em que foi flagrada, destacando que, apesar da apreensão de pequena quantidade de droga, a própria acusada confessou a dedicação ao tráfico há cerca de dois meses e o policial que participou do flagrante declarou que existem várias denúncias dando conta do envolvimento da ora paciente no comércio ilícito na localidade.*

*- Logo, tendo havido fundamentação concreta, pelo Tribunal local, ao 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. Precedentes.*

*- Habeas corpus não conhecido." (HC 401.704/ES, Quinta Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 01/08/2017).*

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**, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. **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<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. **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 variedade de entorpecentes apreendidos - 448 (*quatrocentos e quarenta e oito*) pinos plásticos contendo cocaína, com peso líquido de 164,4g (*cento e sessenta e quatro gramas e quatro decigramas*); 473 (*quatrocentos e setenta e três*) invólucros de cocaína na forma conhecida como "crack", com peso líquido de 269,1 g (*duzentos e sessenta e nove gramas e um decigrama*); 152 (*cento e cinquenta e duas*) trouxinhas de maconha, com peso líquido de 228,7g (*duzentos e vinte e oito gramas e sete decigramas*) e 02 (*duas*) pedras de haxixe, com peso líquido de 59,2g (*cinquenta e nove gramas e dois decigramas*) -, 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).*

# *Superior Tribunal de Justiça*

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

P. e I.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

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

Relator