

HABEAS CORPUS Nº 521.432 - SP (2019/0205082-6)

RELATOR : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIEL DURVAULT ROITBERG - RJ168348
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MILTON VICENTE DE MENEZES NETO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de **MILTON VICENTE DE MENEZES NETO** contra acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos o paciente foi condenado como incurso nas sanções do artigo 33, **caput**, da Lei nº 11.343/06, às penas de **05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa**.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação ao Tribunal de origem, que negou provimento ao apelo, nos termos do acórdão juntado às fls. 40-55, com a seguinte ementa:

"1. Apelação criminal. Tráfico de entorpecente. 2. Não ocorrência de nu/idade da prova coligida – Abordagem que se deu na via pública e não na residência do réu – Ademais, ainda que assim não fosse, o tráfico de entorpecente na modalidade "guardar" é crime permanente e a ocorrência de flagrante delito justificaria a busca domiciliar sem autorização judicial 3. Materialidade provada pelos autos de prisão em flagrante e de apreensão dos entorpecentes, laudos de exames químico-toxicológicos e documentos, e pela prova oral. 4. Autoria demonstrada pela prova coligida – Decisão de primeiro grau ratificada por seus próprios fundamentos – Possibilidade, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 5. Pena fixada com razoabilidade, dentro dos limites legais, e que não comporta redução. 6. Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade e de abrandamento do regime prisional no caso

concreto. 7. Recurso desprovido."

No presente **writ**, o impetrante sustenta a nulidade do feito, sob a premissa de que: *"No caso dos autos, havia somente uma denúncia anônima, já que fartamente provado que houve arrombamento da porta e que a versão dos policiais não possui um mínimo de verossimilhança, ao dizer que alguém guardava drogas em casa e, com a ciência da denúncia, simplesmente resolve confessar e convidar os agentes para ingressar na residência. Realmente, como se não bastasse a obviedade de que não houve consentimento e que a versão policial não é verdadeira, também é evidente que no conceito de "fundadas razões", não devemos inserir a possibilidade de denúncias anônimas ou sem fonte especificada. [...] Por fim, novamente, não foi garantido ao PACIENTE o direito de não produzir prova contra si mesmo em relação à perícia grafotécnica, culminando em nova violação de direitos fundamentais sob o pretexto de combate à criminalidade."*

Igualmente, alega ilegalidade na segunda fase da dosimetria da pena, sob a premissa de que as instâncias ordinárias não consideraram a confissão qualificada do paciente, para atenuar a reprimenda.

Por fim, defende que não houve justificção adequada a ensejar a não aplicação da redutora capitulada no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, sob a premissa de que não há provas de que a mesma se dedique às atividades criminosas e nem que integre organizações criminosas.

Requer, ao final, a concessão da ordem, para absolver o paciente. Subsidiariamente, postula o reconhecimento da confissão e a aplicação do privilégio previsto no parágrafo 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, bem como a readequação do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade, por restritivas de direito (fls. 3-39)

O pedido liminar foi indeferido (fls. 72).

As informações foram prestadas às fls. 74-95.

O Ministério Público Federal, às fls. 101-108, manifestou-se nos

termos da seguinte ementa:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. NÃO OCORRÊNCIA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. NÃO INCIDÊNCIA. MANUTENÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO E DA NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. 1. A apresentação de habeas corpus como substitutivo de recurso próprio, embora descabida, é indiretamente autorizada pelas Cortes Superiores, quando se impõe a verificação, na quase totalidade dos casos, da possibilidade de concessão da ordem de ofício. 2. Não se verifica violação ao artigo 5º, inciso, XI, da Constituição Federal, no caso, em vista da natureza permanente do delito de tráfico e da presença de justa causa para ensejar o ingresso dos agentes de polícia no domicílio discutido, evidenciada pela denúncia anônima sobre a ocorrência de comércio de entorpecentes na residência, que impulsionou os policiais a averiguar a situação, quando visualizaram e abordaram o paciente fora da casa, tendo ele franqueado o ingresso dos milicianos e apontado o local onde estariam escondidas as substâncias. 3. Na sentença, a confissão extrajudicial do apenado foi utilizada para formação da convicção do julgador, corroborada pelos depoimentos policiais, razão pela qual deve ser reconhecida a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do CP, mesmo havendo posterior retratação do paciente em juízo. Precedentes. 4. A natureza, quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos e as circunstâncias em que se deu a apreensão, evidenciadas pelo flagrante ter ocorrido em lugar conhecido como ponto de tráfico de tóxicos e pelo modo de acondicionamento das drogas - 700 porções de maconha (1,079kg) e 200 porções de cocaína (176,88g) - além do encontro da quantia de R\$ 650,00 em espécie e de anotações de contabilidade da traficância, autorizam o afastamento da causa de diminuição pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. 5. Não ocorre bis in idem quando o julgador fixa a pena-base acima do mínimo legal em virtude da natureza e quantidade das drogas apreendidas e afhsla o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do acusado a atividades criminosas. 6. "[A] quantidade e a natureza da droga foram utilizadas, na terceira fase da dosimetria da pena, para afastar a incidência da redutora do tráfico privilegiado, sendo, portanto, consideradas como circunstâncias desfavoráveis, a ensejar a aplicação do regime mais gravoso, nos termos do art. 33, §§ 2º e

3" do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes" (AgRg no AREsp 1472514/MG, Rei. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 30/05/2019, DJe 07/06/2019). 7.

Mantida a pena em patamar superior a 4 anos de reclusão e havendo a presença de circunstância judicial desfavorável na primeira fase da aplicação da pena, é inadmissível a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direito, nos termos do art. 44, I e III, do Código Penal. 8. Parecer pela concessão da ordem de habeas corpus, de ofício, tão somente para que seja reconhecida a atenuante da confissão espontânea."

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.

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

O impetrante sustenta a nulidade do feito, sob a premissa de que: *"No caso dos autos, havia somente uma denúncia anônima, já que fartamente provado que houve arrombamento da porta e que a versão dos policiais não possui um mínimo de verossimilhança, ao dizer que alguém guardava drogas em casa e, com a ciência da denúncia, simplesmente resolve confessar e convidar os agentes para ingressar na residência. Realmente, como se não bastasse a obviedade de que não houve consentimento e que a versão policial não é verdadeira, também é evidente que no conceito de "fundadas razões", não devemos inserir a possibilidade de denúncias anônimas ou sem fonte especificada. [...] Por fim, novamente, não foi garantido ao PACIENTE o direito de não produzir prova contra si mesmo em relação à perícia grafotécnica, culminando em nova violação de direitos fundamentais sob o pretexto de combate à criminalidade."*

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

"Com efeito, os policiais Paulo Henrique Burunsuzian e Sérgio Vilela dos Santos esclareceram que receberam informações acerca de um depósito de drogas que abastecia biqueiras da região, que realizada breve campana viram um rapaz cujas características coincidiam com aquelas que lhe foram passadas, saiu da casa, razão pela qual o abordaram, dele ouviram que efetivamente guardava drogas na Casa (tendo inclusive indicado onde elas estavam escondidas) e apreenderam, além dos entorpecentes, anotações de contabilidade do tráfico e dinheiro (fls.49/52 e mídia em anexo).

Os depoimentos apresentados por essas testemunhas, tanto na delegacia quanto em juízo, foram harmônicos e seguros. E nada há nos autos que justifique tratar-se de falsa imputação de crime a pessoa inocente, até porque o próprio acusado declarou no interrogatório judicial que não os conhecia.

[...]

Não se desconhece que a retratação do acusado encontra amparo nos depoimentos da respectiva irmã (que disse ter havido violação de domicílio), pai (que afirmou ter constatado o arrombamento da porta quando retornou à casa) e da amiga que O conhece desde criança, Margarida (que asseverou ter visto a porta arrombada e as roupas pelo chão).

Todavia, quer pelos liames afetivos dessas (três) testemunhas com o acusado, quer porque Margarida e o pai do réu não estavam presentes quando da diligência policial, a versão apresentada pela prova da acusação, quanto à prática do tráfico, deve prevalecer.

A quantidade de entorpecentes apreendidos e, conseqüentemente, o valor dessa droga, não autoriza a conclusão de que policiais desonestos (premissa necessária à aceitação de que o flagrante foi forjado), com os parcos vencimentos que auferem, abrissem mão desse valor para incriminarem desconhecido. Mais, a versão do acusado encontra óbice insuperável na prova técnica, que concluiu serem dele as anotações da contabilidade do tráfico (e o réu, em seu interrogatório, mentiu, dizendo não ser dele a escrita).

[...]

Das duas versões que brotam dos autos, pelas razões já expostas a dos policiais prevalece sobre a do réu. E segundo o relato dos policiais não houve violação de domicílio porque, após a notícia de tráfico, campana que permitiu identificar o imóvel e o acusado, este último foi abordado fora da residência e, surpreendido, acabou por indicar o local onde estavam os entorpecentes.

Aliás, em seu interrogatório policial o acusado confirmou essa versão, dizendo que fora ele quem facultara o ingresso na casa.

[...]

Acresça-se que diante da informação de que um rapaz com as

características do réu guardava o estoque de droga da "biqueira" que ficava nas proximidades dali, e do resultado da campana, que permitiu identificá-lo, inclusive pelo apelido, a ocorrência do flagrante delito passou da esfera da cogitação para a da fundada suspeita. Como o tráfico de entorpecente (na modalidade guardar e ter em depósito) é crime permanente, a ocorrência de flagrante delito também justificava a busca domiciliar sem autorização judicial.

[...]

No caso em apreço, repita-se, o ingresso na residência deu-se com lastro fático (ao final confirmado com o encontro de significativa quantidade e variedade de substância entorpecente além de apontamentos de contabilidade do tráfico e quantia em dinheiro) que caracterizou situação ajustada ao permissivo legal.

Demonstrado que o réu foi preso em regular flagrante, fica afastada a aventada ilegalidade da operação policial e consequente ilicitude da apreensão do entorpecente. "

Sobre o tema, insta consignar que em crimes de natureza permanente, tal qual o tráfico ilícito de entorpecentes, **o estado flagrancial consubstancia uma das exceções à inviolabilidade de domicílio prevista no inciso XI do art. 5º da Constituição.**

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 603.616, reafirmou o referido entendimento, com a ressalva de que para a medida de busca e apreensão sem mandado judicial, **faz-se necessária a caracterização de justa causa, consubstanciada em elementos que indiquem a situação de flagrante delito.**

Na hipótese, inexistente flagrante ilegalidade a ser sanada pelo writ, uma vez que o Tribunal de origem, bem consignou, **in verbis: "diante da informação de que um rapaz com as características do réu guardava o estoque de droga da "biqueira" que ficava nas proximidades dali, e do resultado da campana, que permitiu identificá-lo, inclusive pelo apelido, a ocorrência do flagrante delito passou da esfera da cogitação para a da fundada suspeita."**

In casu, a justa causa para a medida se encontra demonstrada pelo **monitoramento e campana** efetivado pelos agentes de polícia, os quais, após informações acerca de um depósito de drogas que abastecia biqueiras da região, atendendo às características do imóvel ingressado, bem como às descrições físicas

do paciente e de seu apelido, adentraram ao domicílio, **vale dizer, com a colheita prévia dos mencionados elementos, que evidenciaram fundadas suspeitas da prática delitiva, não se verifica ilegalidade quanto à inviolabilidade do domicílio.**

Qualquer incursão que escape a moldura fática ora apresentada, demandaria inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes deste átrio processual, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária.

Nesse sentido, destaco os seguintes precedentes desta Corte:

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE POR VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. CRIME PERMANENTE. JUSTA CAUSA CONFIGURADA. INOCORRÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Segundo jurisprudência firmada nesta Corte, o crime de tráfico de drogas, na modalidade de guardar ou ter em depósito, constitui crime permanente, configurando-se o flagrante enquanto o entorpecente estiver em poder do infrator, incidindo, portanto, a excepcionalidade do art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

2. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 603.616, reafirmou o referido entendimento, com o alerta de que para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial, faz-se necessária a caracterização de justa causa, consubstanciada em razões as quais indiquem a situação de flagrante delito.

3. No caso em exame, a justa causa para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial evidencia-se no fato de que os policiais militares, impulsionados por denúncia anônima sobre a ocorrência de comércio de drogas, foram até o local onde se encontrava o réu que, de pronto, tentou empreender fuga, lançando uma sacola de plástica sobre a laje da casa em que estava, na qual foram encontrados 26 microtubos de cocaína e 4 porções de maconha.

4. Considerando a natureza permanente do delito de tráfico e estando devidamente registrada a justa causa para ensejar o o ingresso dos agentes de polícia no domicílio do réu, como acima destacado, conclui-se que não se identifica a manifesta ilegalidade sustentada pela defesa.

5. Agravo regimental não provido." (AgRg no HC

516.746/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, DJe 20/08/2019)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME PERMANENTE. FLAGRANTE. BUSCA E APREENSÃO EM DOMICÍLIO. INVESTIGAÇÕES PRÉVIAS COM BASE EM DENÚNCIAS ANÔNIMAS. FUNDADAS RAZÕES PRESENTES. ILICITUDE DAS PROVAS AFASTADA. DESCLASSIFICAÇÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. O ingresso da autoridade policial no domicílio para a realização de busca e apreensão sem mandado judicial pressupõe a presença de indícios que evidenciem crime em desenvolvimento.

2. Havendo a indicação no sentido de que, após o recebimento de diversas denúncias anônimas, houve a instauração de investigação prévia, para monitoramento do paciente, com a realização de campanhas em dias alternados, colhendo elementos capazes de evidenciar fundadas suspeitas da prática delitiva, não se verifica ilegalidade quanto à inviolabilidade do domicílio.

*3. No procedimento do habeas corpus, não se permite a produção de provas, pois essa ação constitucional deve ter por objeto sanar ilegalidade verificada de plano, por isso não é possível realizar a desclassificação da conduta, alegação dependente de revisão interpretativa dos elementos probatórios dos autos 4. Habeas corpus denegado." (HC 534.840/SP, **Sexta Turma**, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, DJe 12/11/2019).*

Quanto à alegada violação ao direito de silêncio e de não produzir prova contra si mesmo, em relação à perícia grafotécnica, considerando que o eg. Tribunal de origem não se pronunciou sobre referidos temas, esta Corte Superior fica impedida de se debruçar sobre a matéria, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

No que se refere à segunda fase da dosimetria, consolidou-se o entendimento desta Corte de que, para a caracterização da autoria, quando o juiz utiliza como elemento a confissão do réu, **ainda que qualificada**, imperioso se revela o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

Esse entendimento, inclusive, foi recentemente sumulado, consoante dispõe o enunciado n. 545/STJ: *"Quando a confissão for utilizada para a*

formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal."

A r. sentença condenatória, ao fundamentar a presença de autoria do crime em desfavor do paciente, exarou, **in verbis**: "*Deve-se ressaltar que o réu, em seu depoimento prestado perante a autoridade policial confessou a autoria delitiva. Disse que saía de casa quando foi abordado por policiais civis, e admitiu prontamente que na casa ele guardava drogas, as quais eram destinadas ao abastecimento de um ponto de venda nas proximidades. Disse ainda que repassava o dinheiro a uma pessoa apelidada de "RECO", morador da Zona Leste de São Paulo, que costumava ir à sua casa em um veículo Celta ou Corsa preto. O acusado ainda confirmou que franqueou a entrada dos policiais na casa, e lá foram encontradas drogas, dinheiro angariado com as vendas, manuscritos com a contabilidade do movimento diário e um celular. Confirmou, ainda, que os manuscritos encontrados partiram de seu próprio punho."*

Na hipótese, considerando a utilização da confissão para formar a convicção do julgador, deve ela ser apreciada como circunstância atenuante na segunda fase da dosimetria da pena, **de sorte que o acórdão impugnado está em desacordo com a jurisprudência desta Corte Superior.**

Sobre o tema colaciono os seguintes precedentes:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA QUALIFICADA VALORADA NA FORMAÇÃO DO JUÍZO CONDENATÓRIO. SÚMULA 545/STJ. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DO ART. 61, II, "F", DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. Nos termos da Súmula 545/STJ, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, quando a manifestação do réu for utilizada para fundamentar a sua condenação, o que se infere na hipótese dos autos. Precedentes.

3. No julgamento do Recurso Especial

Representativo de Controvérsia n. 1.341.370/MT, em 10/4/2013, a Terceira Seção firmou o entendimento de que, observadas as especificidades do caso concreto, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".

Tal conclusão, por certo, deve ser igualmente aplicada à hipótese dos autos, por se tratarem de circunstâncias igualmente preponderantes, que versam sobre os motivos determinantes do crime e a personalidade do réu, conforme a dicção do art. 67 do CP.

*4. Writ não conhecido. Habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir a pena a 14 anos de reclusão, ficando mantido, no mais, o teor do decreto condenatório." (HC 408.668/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, DJe 21/09/2017).*

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO PARCIAL UTILIZADA NO DECRETO CONDENATÓRIO. PRISÃO EM FLAGRANTE. IRRELEVÂNCIA. ATENUANTE. INCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Nos termos do art. 65, III, d, do Código Penal, é cabível a incidência da atenuante da confissão espontânea quando esta é expressamente utilizada na formação do convencimento do julgador, não importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial.

2. Na esteira da jurisprudência pacífica desta Corte Superior, a referida atenuante deve ser aplicada em favor do sentenciado ainda que a confissão somente corrobore a autoria delitiva já evidenciada pela prisão em flagrante, como ocorreu na hipótese.

3. No caso, a confissão, ainda que parcial, foi reconhecida pelas instâncias de origem, entretanto não foi utilizada para diminuir a reprimenda. Assim, devida a concessão da ordem constitucional para redimensionar a sanção imposta, não havendo falar em reforma do decisum impugnado.

4. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC n. 201.797/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 2/2/2015).

Em relação ao tráfico privilegiado, 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.

Na espécie, ao contrário do que aduz a defesa, **houve fundamentação concreta e idônea para o afastamento do tráfico privilegiado**, em razão da apreensão de *"estoque de 700 porções de maconha e 200 de cocaína, para abastecimento de biqueira"*, bem como fato do paciente ser responsável pela *"contabilidade do tráfico"*, **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 esse entendimento, demandaria amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**.

Outrossim, é entendimento desta Corte que a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para a elevação da pena-base, na primeira fase da dosimetria, e para o afastamento da incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, na terceira fase, não configura **bis in idem**. Trata-se de hipótese diversa daquela versada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar **bis in idem** a utilização da quantidade de droga *"tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006"* (ARE 666.334/RG, Rel.:Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014)

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes desta Corte Superior:

"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. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA AFERIDAS TAMBÉM NA PRIMEIRA ETAPA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. HIPÓTESE DISTINTA DA JULGADA NO ARE 666.334/AM. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. 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. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, 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.

3. Concluído pela instância antecedente, com fundamento na quantia de substância apreendida - 2 porções médias de maconha (955,55g), 1 porção grande e outra porção média da mesma substância (1.160,76g) -, assim como nos demais elementos constantes dos autos, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, 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 habeas corpus. Precedentes.

4. Esta Corte tem entendimento firme de que é possível a aferição da quantidade e da natureza da substância entorpecente, concomitantemente, na primeira etapa da dosimetria, para exasperar a pena-base e, na terceira, para justificar o afastamento da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 - quando evidenciado o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes - sendo tal hipótese distinta da julgada, em repercussão geral, pela Suprema Corte no ARE 666.334/AM.

5. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena de 6 anos de reclusão, em razão da aferição negativa das circunstâncias judiciais, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal c.c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

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 526.318/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, DJe 12/11/2019).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DAS DROGAS APREENDIDAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO PRIVILEGIADO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ELEVADA QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. CIRCUNSTÂNCIA QUE DENOTA A DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES ILÍCITAS. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRIMADO DO NE BIS IN IDEM. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS QUE, APESAR DE TEREM JUSTIFICADO A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE, NÃO DEFINIRAM A FRAÇÃO REDUTORA DO PRIVILÉGIO, MAS APENAS IMPEDIRAM O SEU RECONHECIMENTO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...]

- Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente.

- No caso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade elevada e variada dos entorpecentes apreendidos, estando, portanto, em consonância ao dispositivo legal mencionado.

- Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, 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 organização criminosa. Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução retromencionada, 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.

- Não há bis in idem quando o Tribunal a quo fixa a pena-base acima do mínimo por conta da quantidade elevada da droga apreendida e afasta a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação da paciente à atividade criminosa. Precedentes. Precedentes.

- Hipótese em que inexistente coação ilegal no não reconhecimento do tráfico privilegiado pelas instâncias de origem, com base no fato de os pacientes dedicarem-se às atividades criminosas, ante a quantidade elevada e variada das drogas apreendidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito, notadamente agravadas diante da apreensão de dinheiro, munição e rádio comunicador, elementos aptos a justificar o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Alterar tal entendimento importa em revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido". (HC n. 379.203/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 10/2/2017 - grifei).

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM RAZOÁVEL. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR. CAUSA DE DIMINUIÇÃO ESPECIAL DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. COMPROMETIMENTO COM A ATIVIDADE CRIMINOSA. REVISÃO. INVIABILIDADE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. RESTITUIÇÃO DO VEÍCULO E DO NUMERÁRIO APREENDIDOS. REEXAME. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A natureza e a quantidade da droga justificam a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

2. O atual entendimento desta Corte Superior é no sentido de que a quantidade da droga apreendida, juntamente com as circunstâncias do delito, de forma a indicar o envolvimento ou a dedicação à atividade criminosa, representa

fundamento válido para o não reconhecimento do tráfico privilegiado. Do mesmo modo, a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para a elevação da pena-base, na primeira fase da dosimetria, e para o afastamento da incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, na terceira fase, por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não configura bis in idem. Precedentes.

[...] 4. Desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias - acerca não só do comprometimento do acusado com atividades ilícitas, mas também sobre a inviabilidade da restituição dos bens apreendidos - implica necessariamente a incursão no conjunto fático-probatório dos autos, o que revela a inadequação da pretensão recursal, em face do óbice da Súmula 7/STJ.

5. Agravo regimental improvido". (AgRg no AREsp n. 857.658/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 18/11/2016 - grifei).

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^a. Min^a. **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, não obstante a primariedade do paciente, considerando a existência de circunstância judicial desfavorável, utilizada para exasperar a pena-base, bem como a fundamentação concreta apresentada no acórdão impugnado, a fixação do regime mais gravoso sequente se mostra adequada e em consonância com o entendimento desta Corte, **ex vi** do art. 33, parágrafo 2º, **a**, 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.

[...]

- 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**. Contudo, **concedo a ordem de ofício**, para reconhecer a atenuante da confissão e reduzir a pena ao patamar de 05 (cinco) anos de reclusão, e 500 (quinhentos) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

P. e I.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

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