

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 516.780 - SP (2019/0178412-3)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : GUSTAVO HENRIQUE PEREIRA
ADVOGADO : DJALMA FREGNANI JUNIOR - SP169098
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. REFAZIMENTO. EXCEPCIONALIDADE. CRITÉRIO TRIFÁSICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06). NÃO APLICAÇÃO. DEDICAÇÃO DO AGRAVANTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. *BIS IN IDEM*. INOVAÇÃO RECURSAL. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONCEDIDO O REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PEDIDO PREJUDICADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O refazimento da dosimetria da pena em *habeas corpus* tem caráter excepcional, somente sendo admitido quando se verificar de plano e sem a necessidade de incursão probatória, a existência de manifesta ilegalidade ou abuso de poder.

2. Quanto à causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para não aplicá-la ao caso concreto em razão da dedicação do agravante à atividade criminosa, evidenciada sobretudo pela realização da prisão em conhecido ponto de traficância e pela quantidade de drogas apreendidas – 18 porções de maconha pesando 40g, 20 porções de cocaína e 35 porções de cocaína (guardadas na residência do corréu), totalizando 50,45g – está em consonância com o entendimento desta Corte Superior de Justiça. Ademais, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica à atividade criminosa, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em *habeas corpus*.

3. A alegação de *bis in idem* na utilização da quantidade de entorpecentes como fundamento para exasperar a pena-base e afastar o redutor da Lei de Drogas consiste em indevida inovação recursal, porquanto não foi deduzida na inicial deste *writ*.

4. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das

circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal – CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo, de acordo com o disposto no enunciado n. 440 da Súmula desta Corte e os enunciados ns. 718 e 719 das Súmulas do Supremo Tribunal Federal – STF.

5. Sedimentou-se, ainda, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º, do Código Penal em conjunto com o art. 42 da Lei 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

Conforme afirmado no *decisum* agravado, restou evidenciado o constrangimento ilegal na imposição do regime fechado pelas instâncias ordinárias, pois, a fixação foi em razão da hediondez e da gravidade abstrata do delito, o que vai de encontro com a jurisprudência desta Corte Superior. Dessa forma, considerando, ainda, que o paciente é primário, que as circunstâncias judiciais foram todas favoráveis, bem como o *quantum* de pena aplicado (5 anos de reclusão), correta a fixação do regime semiaberto, de acordo com o disposto no art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

6. Mantida a pena fixada pelas instâncias ordinárias superior a 4 anos, o pleito quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos encontra-se prejudicado, haja vista que o agravante não preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

7. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 21 de novembro de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator