HABEAS CORPUS Nº 505.717 - SP (2019/0113090-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		GIOVANNA BLANCO MAGDALENA - SP0231121
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	JUAREZ MENNYKES OLIVEIRA SANTOS

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de JUAREZ MENNYKES OLIVEIRA SANTOS no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0043394-77.2018.8.26.0050).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, pela suposta prática da conduta descrita no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 500 dias-multa, porque *"trazia consigo, para fornecer a consumo de terceiros, 14 invólucros de cocaína, com massa líquida de 11.2g* [onze gramas e dois decigramas]*; 42 invólucros de cocaína na forma de crack, com massa líquida de 13.1g* [treze gramas e um decigrama]*; e 18 invólucros de TETRAHIDROCANNABINOL ("maconha"), com massa líquida de 38.4g* [trinta e oito gramas e quatro decigramas], *substâncias essas entorpecentes, que determinam dependência física e psíquica, o fazendo sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar* [...]*"* – e-STJ fl. 12.

Contra o édito condenatório insurgiu-se a defesa.

Em sessão de julgamento realizada em 7 de fevereiro de 2019, os desembargadores integrantes da Nona Câmara Criminal negaram provimento ao recurso.

O acórdão foi assim ementado (e-STJ fl. 22):

> *Apelação. Tráfico de drogas. Absolvição por insuficiência de provas. Descabimento. Autoria e materialidade comprovadas. Conjunto probatório robusto, suficiente para sustentar a condenação do réu, nos moldes em que proferida. Pedidos de aplicação do disposto no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, fixação de regime prisional aberto e substituição da pena corporal por restritivas de direitos não*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: AC449D4D-FE66-4704-838B-828C05554065

> *acolhidos. Pena e regime prisional bem aplicados. Não cabimento da substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos. Recurso defensivo não provido.*

No Superior Tribunal de Justiça, sustenta a Defensoria Pública que, *"pela leitura do acórdão, que, simplesmente a partir da falta de comprovação nos autos de que o paciente exercia atividade laboral lícita, o órgão julgador de Segunda Instância presumiu que o paciente se dedicava com frequência à prática do tráfico. No entanto, para se chegar a tal conclusão, seria imprescindível a realização de investigação prévia a respeito do paciente. Ele foi abordado em um único dia pela polícia, o que se depreende pela leitura da própria denúncia. Até mesmo pela simples leitura do acórdão, verifica-se que não houve nenhuma investigação prévia que permitisse averiguar se realmente o paciente praticava reiteradamente o crime de tráfico. Pelo contrário o paciente é primário e portador de bons antecedentes"* (e-STJ fl. 5).

Aduz, para tanto, que *"as presunções utilizadas para fundamentação da negativa de aplicação do artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06 não se basearam em qualquer fato concreto que constasse da denúncia, muito menos em provas, de forma que não passam de meras presunções"* (e-STJ fl. 5).

Diante dessas considerações, pede, liminarmente, a soltura do paciente e, no mérito, a aplicação da causa de diminuição descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 33/35).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (e-STJ fls. 38/40).

É, em síntese, o relatório.

Na presente impetração, busca a impetrante a aplicação da causa de diminuição descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a modificação do regime inicial de cumprimento de pena para o aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: AC449D4D-FE66-4704-838B-828C05554065

A sentença pronunciou-se desta forma quanto à aplicação do redutor (e-STJ fl. 17):

> Na terceira fase, verifico que não incidem quaisquer causas de aumento. Tampouco incide a causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, posto que o acusado, em que pese primário, foi detido em poder de significativa quantidade e diversidade de entorpecentes, não havendo dúvidas, pois que se dedicava a atividades criminosas de traficância. A posse de numerosas porções de dois tipos de drogas distintas sinaliza medida de engajamento no tráfico que é incompatível com a redução da reprimenda. Desta forma, afasto a aplicação da causa de diminuição de pena acima descrita.

O Tribunal local, por sua vez, assim se manifestou sobre o assunto (e-STJ fl. 28):

> Para que não fique sem registro, observo que andou bem a nobre Magistrada de primeiro grau ao deixar de reduzir a pena do acusado com base no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006. De fato, as circunstâncias do caso em comento constituem indícios sérios de envolvimento do réu com a criminalidade. Como é cediço, a referida causa de diminuição de pena tem por objetivo beneficiar somente o traficante eventual, de "primeira viagem", e não aqueles que estão inseridos em atividade criminosa, efetivamente comprometidos com o tráfico e que fazem do comércio de drogas o seu meio de vida, como, certamente, é o caso do acusado Juarez.
>
> Registre-se, ademais, por oportuno, que na aplicação do preceito o Juiz deve levar em conta, também, a culpabilidade do agente e as circunstâncias do delito, sem o que estará violando o princípio da individualização da pena e, no caso vertente, o réu demonstra acentuada periculosidade, pois sequer comprovou exercer atividade lícita, não havendo dúvida de que vinha se dedicando a essa atividade criminosa. Releva notar, ainda, por oportuno, que a pena do tipo é a que consta do artigo 33, "caput", sendo a figura do § 4º de aplicação excepcional, por técnica legislativa e política criminal, que, como já acentuado, não tem aplicação na espécie dos autos.

Sob esse prisma, não vislumbro constrangimento ilegal decorrente da não incidência da referida causa especial de diminuição da pena, uma vez que as instâncias de origem deixaram de aplicá-la em razão da quantidade e diversidade das drogas apreendidas, a evidenciar que o paciente dedica-se à atividade criminosa.

Além do mais, a desconstituição dos fundamentos adotados demanda ampla incursão no acervo fático-probatório do processo, tarefa para a qual não se presta o

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: AC449D4D-FE66-4704-838B-828C05554065

habeas corpus.

Sobre o tema, colaciono os seguintes julgados desta Corte:

> *PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTO IDÔNEO. QUANTIDADE DA DROGA. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. PRESENÇA DE INDICATIVOS NOS AUTOS DE DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REVISÃO. VIA IMPRÓPRIA. IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. PREVISÃO LEGAL DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.*
>
> *2. A pena-base fixada acima do mínimo legal, com fundamento na expressiva quantidade de substância entorpecente apreendida - 537,5g de maconha -, é considerada por esta Corte Superior motivação concreta e adequada, não se revelando, assim, desproporção na dosimetria, sobretudo porque o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga na fixação da pena-base. Precedentes.*
>
> *3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a quantidade e a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando demonstrarem a dedicação à atividade criminosa. Precedentes.*
>
> ***4. Evidenciado que a aplicação do benefício foi afastado em virtude das circunstâncias do caso - em especial, a quantidade da droga -, a qual evidenciaria o não preenchimento dos requisitos legais, por se tratar de réu em relacionamento estreito com o crime organizado, inexiste constrangimento ilegal a ser sanado, sendo que a pretendida revisão do julgado implicaria o reexame do material cognitivo produzido nos autos, insuscetível de ser realizada na estreita via do habeas corpus. Precedentes.***
>
> [...]
>
> *7. Habeas corpus não conhecido, mas, de ofício, concedo a ordem apenas para que o juízo das execuções - haja vista o trânsito em julgado da condenação - proceda à nova fixação do regime inicial de cumprimento da pena, com estrita observância às regras do art. 33 do CP, afastada a previsão legal do art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90, na redação da Lei n. 11.464/2007, nos termos do art.*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: AC449D4D-FE66-4704-838B-828C05554065

> *557, § 1º-A do CPC c/c arts. 3º e 654, § 2º, do CPP*. (HC 260.983/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 5/4/2016, DJe 18/4/2016, grifei.)

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA FIGURA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. INVIABILIDADE. PACIENTE QUE SE DEDICA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. PREJUDICADO O PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REGIME PRISIONAL FECHADO. REFERÊNCIA À HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO DEFERIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> [...]
>
> ***- Esta Corte Superior tem decidido que a quantidade, a variedade e a nocividade da droga apreendida evidenciam a dedicação às atividades criminosas e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.***
>
> *- Hipótese em que não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado pelas instâncias ordinárias com base na quantidade, natureza e diversidade das drogas apreendidas (13,32g de maconha e 78,28g de cocaína) e das circunstâncias em que o delito ocorreu, as quais indicam que o paciente dedicava-se às atividades criminosas. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus.*
>
> [...]
>
> *- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para modificar o regime de cumprimento da pena para o semiaberto.* (HC 323.628/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/4/2016, DJe 2/5/2016, grifei.)

No que diz respeito à fixação do regime prisional, rememoro que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, por ofender a garantia constitucional de individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal). Afastou, dessa forma, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: AC449D4D-FE66-4704-838B-828C05554065

de crimes hediondos ou equiparados.

Tal o quadro, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o sentenciante deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

Entendo, portanto, que o regime inicial semiaberto deve ser mantido, diante da quantidade de pena aplicada – 5 anos de reclusão.

Ademais, mantida a reprimenda para o tráfico de drogas em 5 anos de reclusão, fica prejudicado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44, I, do Código Penal).

No mesmo sentido:

> *HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.*
>
> *1. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.*
>
> ***2. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição.***
>
> *3. Fixado o regime inicial fechado pelo Tribunal de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a quantidade da droga encontrada na posse do paciente - 80,5 g de maconha - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: AC449D4D-FE66-4704-838B-828C05554065

ilegal a ser sanado.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 356.479/RJ, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 21/06/2016, grifei.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE (242 PORÇÕES DE CRACK, 291 DE COCAÍNA E 39 DE MACONHA). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) NÃO APLICADA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO INDICATIVAS DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO STF. REGIME FECHADO. IMPOSIÇÃO LEGAL. PENA SUPERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. ART. 33, § 2º, ALÍNEA "A", DO CP. GRAVIDADE ACENTUADA DO DELITO. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS (ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL - CP). CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. A pena-base foi aumentada com fundamento na quantidade, variedade e natureza da droga, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06, e a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 desta Lei deixou de ser aplicada em razão das circunstâncias do delito, as quais revelaram o profundo envolvimento do paciente com o tráfico ilícito de entorpecentes, inviabilizando a concessão do benefício.

3. Ainda que assim não fosse, a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase) - por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa - não configura bis in idem.

4. 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,

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: AC449D4D-FE66-4704-838B-828C05554065

DJ de 6/5/2014).

5. Mantida a reprimenda em patamar superior a 8 (oito) anos de reclusão, não assiste amparo normativo quanto ao pedido de alteração, que deve ser o fechado, na forma do art. 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal. Além do mais, a quantidade, variedade e natureza da droga apreendida - 242 porções de crack (85g), 291 de cocaína (120,2g) e 39 de maconha (194g) - (art. 42 da Lei n. 11.343/06) demonstram a gravidade acentuada do delito, corroborando a necessidade de imposição do regime inicial mais gravoso.

6. É incabível a substituição de pena privativa de liberdade superior a 4 anos por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, I, do CP.

Habeas corpus não conhecido. (HC 369.121/SP, relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 28/10/2016, grifei.)

Ante o exposto, **denego a ordem de *habeas corpus*.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 05 de dezembro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: AC449D4D-FE66-4704-838B-828C05554065