HABEAS CORPUS Nº 549.600 - SP (2019/0362112-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	FRANCISCO DUARTE PEREIRA
ADVOGADO	:	FRANCISCO DUARTE PEREIRA - SP363516
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	GILMAR EVANDRO POTECHI SOARES DE OLIVEIRA (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em benefício de GILMAR EVANDRO POTECHI SOARES DE OLIVEIRA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 1500306-77.2019.8.26.0599).

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente a 5 anos de reclusão, inicialmente no regime fechado, como incurso no art. 33, *caput,* da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas).

Interposta apelação, pela defesa, o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso, em julgamento que ficou assim resumido:

> *"Tráfico de drogas - Recurso defensivo pleiteando a absolvição por insuficiência probatória e, subsidiariamente, a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 - Provas francamente incriminadoras - Crime de perigo abstrato, não se exigindo que o infrator seja flagrado no próprio ato de venda da mercadoria proibida - Pena aplicada com critério Inaplicabilidade do redutor - Incidência que não pode ser regra, independentemente de ser o agente primário e de bons antecedentes - Réu que faz do comércio ilícito de entorpecentes seu meio de vida, não se tratando de traficante ocasional Inviabilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Crime nefasto, sendo preciso maior reprovabilidade àquele que envereda para a prática de tal conduta ilícita, de modo a prevalecer o parâmetro da suficiência e proporcionalidade na fixação da pena - Necessidade de imposição de tratamento mais rigoroso ao traficante - Regime prisional fixado com critério - Crime equiparado a hediondo, o que ensejaria a aplicação, inicialmente, do regime mais gravoso - Negado provimento."* (fl. 37)

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 7D2773A4-55FB-4FCD-83D3-E5F3A894AF78

No presente *writ*, o impetrante sustenta que o paciente preenche todos os requisitos para a aplicação da causa especial de diminuição da pena (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06) e a fixação de regime mais brando (art. 33 do Código Penal – CP).

Indeferido o pedido liminar e prestadas as informações pela autoridade coatora, o Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem, nos termos da seguinte ementa:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA (1,2Kg DE MACONHA). CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM A DEDICAÇÃO AO TRÁFICO. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO COM BASE EXCLUSIVAMENTE NA HEDIONDEZ DO CRIME DE TRÁFICO. ILEGALIDADE DEMOSNTRADA. PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS E CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM, SOMENTE PARA FIXAR O REGIME SEMIABERTO.*
>
> *1 - 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.*
>
> *2 - A elevada quantidade da droga apreendida aliada às circunstâncias com que o crime foi cometido evidenciam que o paciente não se trata de traficante eventual, o que, portanto, obsta o reconhecimento da causa de diminuição de pena do art. 33, §4°, da Lei 11.343/06.*
>
> *3 - Considerando a fundamentação da fixação do regime inicial de cumprimento da pena baseada especificamente na hediondez do crime de tráfico de drogas, bem como a pena fixada, entende-se que deve-se seguir o disposto no art. 33, § 2°, 'b', e §3°, do Código Penal, fixando-se o regime semiaberto.*
>
> *4 - O Ministério Público Federal requer o não conhecimento do writ e a concessão parcial da ordem, de ofício, somente para fixar o regime semiaberto."* (fls. 91/92)

É o relatório.

Decido.

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

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 7D2773A4-55FB-4FCD-83D3-E5F3A894AF78

ilegalidade na liberdade de locomoção.

O paciente foi preso em flagrante porque mantinha em depósito, para fins de comercialização e difusão ilícita a terceiros, 1.191,8g de maconha, razão pela qual foi condenado por tráfico de drogas, nestes termos:

> *"Na primeira fase, ausentes circunstâncias desfavoráveis, fixo a pena-base no mínimo legal. Na segunda, não há agravantes e atenuantes. Não se reconhece a confissão, posto que não foi completa. O réu assumiu que a droga era sua, mas negou o destino para o consumo de terceiros. Na terceira, não há causas de aumento ou diminuição. Inaplicável a redução contida no artigo 33, §4° da Lei de Drogas. E que, embora primário, a quantidade de entorpecentes, de petrechos e material de embalagens e as notícias de que ele estava realizando o tráfico demonstram que não se tratava de algo eventual, mas sim que estava se dedicando à atividade ilícita, fazendo disso seu meio dc vida. Assim, fixo a pena de forma definitiva em 05 (cinco) anos dc reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no mínimo legal, pois parcas as informações sobre as condições financeiras do réu.*
>
> *A pena privativa da liberdade há de ser cumprida em regime inicial fechado, não apenas pela gravidade do delito, mas também porque estava se dedicando à atividade ilícita, colocando em risco a vida de diversas pessoas, inclusive se utilizando de um estabelecimento comercial, com maior abertura para clientes diversos. Pelas mesmas razões não é possível a substituição da pena privativa de liberdade e nem a concessão de sursis.*
>
> *Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE a ação penal e o faço para CONDENAR o réu GILMAR EVANDRO POTECHI SOARES DE OLIVEIRA, qualificado nos autos, como incurso no artigo 33, caput, da Lei n° 11.343/06, à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no mínimo legal."* (fls. 73/74)

O Tribunal *a quo* manteve incólume a reprimenda final, consignando:

> *"Na primeira fase, a pena foi fixada no mínimo legal e, a seguir, corretamente negada a aplicação da atenuante da confissão espontânea, porque parcial.*
>
> *Ao final, não é realmente caso de aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.*
>
> *O redutor não pode incidir como regra, mas sim excepcionalmente ao traficante eventual, como por exemplo: Viciado que fornece parte da sua droga para outro usuário, porque em falta o entorpecente nos pontos de venda ilícita. E essa não é a situação dos autos.*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 7D2773A4-55FB-4FCD-83D3-E5F3A894AF78

> *Havia notícia específica, com indicação do nome do réu, endereços de venda e de armazenamento das drogas e, diligenciado o local apontado, foram encontradas centenas de porções individualizadas de maconha, além de um tijolo a granel e de itens que permitiriam seu preparo para o varejo: balança de precisão, facas e material para embalagem, tudo a demonstrar o exercício da prática ilícita de forma habitual.*
>
> *Importante registrar, ainda, que o Juiz não pode ficar adstrito ou vinculado apenas à primariedade do acusado, pois, o art. 59 do Código Penal também determina o sopesamento dos motivos, das circunstâncias e das consequências do crime, os quais, no caso sub examine, dispensam maiores digressões em face da quantidade de droga apreendida com o acusado e sua destinação.*
>
> *[...]*
>
> *O regime inicial fechado para o cumprimento da pena foi corretamente fixado. A gravidade do crime assim o recomenda, sendo comparado a crime hediondo, o que enseja a aplicação, inicialmente, de um regime mais severo, mostrando à sociedade a eficaz repressão a esse tipo de delito."* (fls. 83/85)

O acórdão impugnado está em consonância com o entendimento desta Corte de que a quantidade de drogas apreendidas, especialmente quando atrelada a outras circunstâncias (forma de acondicionamento e variedade do entorpecente, local e *modus operandi* do delito, ausência de ocupação lícita do agente etc), indica a dedicação ao tráfico de drogas, impedindo, assim, a aplicação do § 4º.

Ademais, é necessário o reexame de todo o conjunto fático-probatório para se chegar à conclusão de que o ora paciente faz jus à referida minorante, o que é vedado em *habeas corpus*. Confiram-se, a propósito, os seguintes julgados:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE E NATUREZA DE DROGAS. REGIME. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INCABÍVEL. ART. 44, I DO CÓDIGO PENAL - CP. WRIT NÃO CONHECIDO. [...]*
>
> *2. A causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não foi aplicada em razão das circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem que o paciente se dedicava a atividades criminosas. A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto, demanda percuciente reexame de fatos e provas,*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 7D2773A4-55FB-4FCD-83D3-E5F3A894AF78

inviável no rito eleito.

3. A quantidade e a natureza da droga demonstram a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena.

4. Incabível a substituição da pena corporal por restritivas de direitos em razão da manutenção da quantidade de pena aplicada, nos termos do artigo 44, inciso I do Código Penal.

5. Habeas corpus não conhecido." (HC 482.731/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 25/06/2019)

"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. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA EVIDENCIADA. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO E NÃO EXCEDENTE A OITO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. AGENTE PRIMÁRIO. MODO INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]

4. No caso, a instância ordinária afastou, motivadamente, a aplicação do redutor diante da comprovada habitualidade delitiva do paciente, evidenciada na quantidade e na diversidade dos entorpecentes apreendidos - 40 invólucros de maconha (60,15g) e 60 de cocaína (12,5g) -, bem como no fato de possuir outra ação em andamento também por tráfico de entorpecentes e ter sido preso em flagrante traficando um mês após a concessão de liberdade provisória. Logo, a modificação desse entendimento, a fim de 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.

5. Fixada a pena definitiva em 5 anos de reclusão, sendo primário o réu e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o adequado e suficiente para o cumprimento da pena privativa de liberdade, a teor do contido no art. 33, § 2º, 'b', e § 3º, do Código Penal.

6. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do atendimento do requisito objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto." (HC 498.401/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 30/04/2019)

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 7D2773A4-55FB-4FCD-83D3-E5F3A894AF78

DROGAS. PLEITO DE INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. (98,5 G DE COCAÍNA EM PEDRA, 19,3 G DE COCAÍNA EM PÓ E 49,5 G DE MACONHA, DEVIDAMENTE ACONDICIONADAS PARA A MERCÂNCIA). CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO (ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006). PROXIMIDADE A TRÊS ESCOLAS E UM CENTRO DE RECREAÇÃO. COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NATUREZA, E QUANTIDADE DE DROGAS. 300 "PAPELOTES" PARA REVENDA DE CRACK, MACONHA E COCAÍNA EM PÓ. [...]

2. A negativa de incidência da causa especial de diminuição da pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deu-se em razão da convicção do julgador, com base nas provas dos autos, de existir dedicação à atividade criminosa, de modo que, alcançar conclusão inversa, demandaria reexame fático-probatório, inviável na via eleita. [...]

5. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 283.816/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 6/10/2016)

A quantidade e a natureza da droga apreendida demonstram a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena. Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. INVIABILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. NATUREZA E EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

- O regime mais gravoso foi justificado na gravidade concreta do delito, consubstanciada na natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos - 57 gramas de maconha e 69 gramas de crack -, o que está em harmonia com a jurisprudência pacificada desta Corte Superior.

- Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no HC 508.866/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 05/08/2019)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. PROCESSO TRIFÁSICO. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. DISCRICIONARIEDADE DO ÓRGÃO JULGADOR. [...] REGIME INICIAL FECHADO.

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 7D2773A4-55FB-4FCD-83D3-E5F3A894AF78

POSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. MODO MAIS GRAVE JUSTIFICADO. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. A quantidade de entorpecente apreendido justifica a manutenção do modo prisional mais gravoso, consoante vem decidindo esta Corte Superior de Justiça.

2. Na espécie, estabelecida a pena em patamar superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, proporcional o estabelecimento do regime mais severo, ante a quantidade do entorpecente. Exegese do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, em combinação com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 458.375/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 02/08/2019)

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

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 02 de abril de 2020.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 7D2773A4-55FB-4FCD-83D3-E5F3A894AF78