

HABEAS CORPUS Nº 416.441 - MS (2017/0236473-9)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : DOUGLAS APARECIDO DEL BIANCHI (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS. CONCLUSÃO INVERSA. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. Ordem denegada.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de **Douglas Aparecido Del Biachi**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

Narram os autos que o Juízo de Direito da 2ª Vara da comarca de Jardim/MS condenou o paciente como incurso nos crimes de tráfico de drogas e corrupção de menores, às penas de 6 anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 500 dias-multa (fls. 298/307 – Ação Penal n. 0002472-37.2014.8.12.0013).

Inconformada, a defesa interpôs apelação criminal na colenda Corte de origem, que deu parcial provimento ao recurso, redimensionando a pena para 5 anos e 10 meses de reclusão e 500 dias-multa (fls. 419/423 – Apelação n. 0002472-37.2014.8.12.0013):

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – SENTENÇA CONDENATÓRIA – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – AFASTADO – PROVAS SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO – TRÁFICO QUE ENVOLVEU ADOLESCENTE - CAUSA DE AUMENTO E NÃO CORRUPÇÃO DE MENORES – EMENDATIO LIBELLI – APLICAÇÃO DO ARTIGO 617 DO CPP – CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS – NÃO RECONHECIDA – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

Havendo lastro probatório demonstrando que os denunciados e terceira pessoa menor de idade, agindo em concurso, transportavam droga sem autorização e em

desacordo com determinação legal e regulamentar, não há ensejo para a absolvição.

Se a prática do crime envolveu adolescente, há de incidir a causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06, afastando-se, por conseguinte, o crime de corrupção de menores.

Se os elementos probatórios revelam a dedicação à atividade criminosa, não tem lugar o benefício do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

Recursos providos em parte.

Dáí a presente impetração, em que se alega constrangimento ilegal consistente no afastamento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Sustenta a impetração que *o paciente é primário, portador de bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas e nem integra organização criminosa, fazendo jus à diminuta referente ao tráfico privilegiado* (fl. 3).

Aduz que o afastamento do tráfico privilegiado decorreu da quantidade de drogas, presumindo-se que o paciente se dedicava à atividade criminosa e à integração criminosa, mas que *este fato isolado não pode servir para afastar a causa de diminuição sob fundamento de mera conjectura e presunções* (fl. 3).

Postula, liminarmente, a suspensão dos efeitos do acórdão impugnado. No mérito, a concessão da ordem, a fim de que seja aplicada a minorante, fixando-se o regime inicial aberto, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 434/436).

Dispensadas as informações, o Ministério Público Federal, em parecer exarado pelo Subprocurador-Geral da República Nicolao Dino, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

Busca a impetração o reconhecimento da causa de diminuição referente ao tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

Ao afastar a sua incidência, afirmou o magistrado de 1º grau (fl. 306):

Por fim, com relação à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no §

4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, entendo, atento às circunstâncias do delito, em especial a quantidade de droga – trinta quilos e duzentas gramas de maconha –, bem ainda a reincidência com relação ao réu Alex Requena Xavier, haver empecilho para o reconhecimento da referida causa de diminuição de pena.

O Tribunal *a quo*, por sua vez, asseverou (fl. 422):

Não há ensejo para aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, pois os elementos acostados indicam que os réus dedicavam-se às atividades criminosas, haja vista a quantidade da droga apreendida, a forma com era transportada e as demais circunstâncias do crime.

Assim, não fazem jus à referida causa de diminuição, cuja *mens legis* é alcançar aqueles pequenos transportadores ou guardadores de drogas, circunstância diversa da vivenciada nos autos.

O Supremo Tribunal Federal já exarou que “se as circunstâncias concretas da prática do crime ou outros elementos probatórios revelam a dedicação à atividade criminosa, não tem lugar o benefício do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, de todo inexigíveis outras condenações criminais” (HC 109172, Relatora: Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 11/09/2012).

Da análise do trecho acima transcrito, verifica-se que a impossibilidade de incidência da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 se encontra fundamentada em evidências concretas de que o paciente se dedicava a atividade criminosa, ante a quantidade de droga encontrada (mais de 30,2 Kg de maconha) e as circunstâncias em que se deu a prisão em flagrante.

Destarte, adotar conclusão diversa daquelas adotadas pelas instâncias ordinárias demandaria a incursão em aspectos fático-probatórios, providência que é incabível nesta via estreita.

Nesse sentido: AgRg no HC n. 303.261/MS, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 30/5/2017, e AgRg no HC n. 241.072/SP, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 18/8/2017.

Firmada essa premissa, encontram-se prejudicados os pleitos de alteração do regime de cumprimento da pena e de substituição da pena carcerária por restritivas de direito.

Ante o exposto, **denego** a ordem.

Publique-se.

Superior Tribunal de Justiça

DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO

Edição nº 2644 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 04 de Abril de 2019 Publicação: Sexta-feira, 05 de Abril de 2019

Brasília, 04 de abril de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator

