HABEAS CORPUS Nº 492.138 - RS (2019/0034844-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE	:	THIAGO BANDEIRA MACHADO E OUTROS
ADVOGADOS	:	FERNANDA TRAJANO DE CRISTO SOARES - RS046826 THIAGO BANDEIRA MACHADO - RS082386 FRANCISCO JOSÉ BORSATTO PINHEIRO - RS088735 GUILHERME AMARO CAVALHEIRO BOLL - RS111239
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	:	JONATHAN LUIS DA SILVA BITENCOURT

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE.
Ordem denegada.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **Jonathan Luis da Silva Bitencourt**, apontando-se como autoridade coatora a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Apelação Criminal n. 70071914659).

Narram os autos que o Juízo da 1ª Vara Criminal do Foro Regional Sarandi, Comarca de Porto Alegre (Autos n. 001/2.14.0067617-5) absolveu o paciente e os corréus Juliano e Alessandra das imputações previstas nos arts. 33, *caput*, c/c art. 40, III, e 35, todos da Lei n. 11.343/2006 e arts. 12 e 16, parágrafo único, IV, ambos da Lei n. 10.826/2003.

À apelação criminal interposta pelo *Parquet*, o Tribunal gaúcho deu parcial provimento, condenando o paciente a 8 anos e 6 meses de reclusão, e 570 dias-multa, pela prática dos crimes elencados no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 e art. 16, parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/2003.

Ao acórdão da apelação criminal foram opostos embargos de declaração, os quais não foram acolhidos.

Insatisfeita, a defesa interpôs recurso especial, que não foi admitido lá na origem. Posteriormente, ingressou, nesta Corte, o AREsp n. 1.190.537/RS, de minha

relatoria, que não foi conhecido. Contra essa decisão foi interposto agravo regimental, ao qual a Sexta Turma negou provimento.

Daí o presente *mandamus*, em que o impetrante alega, em síntese, que *o julgador faz uso das circunstâncias do próprio delito processado para afastar a minorante, transcrevendo os fatos narrados no flagrante e deixando de apontar qualquer indicio que demonstre a habitualidade na conduta do paciente* (fl. 10).

Destaca que *o julgador se utiliza da quantidade de droga apreendida para exasperar a pena-base, e a utiliza novamente na pena definitiva, para afastar o tráfico privilegiado* (fl. 12).

Requer a concessão da ordem para que seja aplicado o artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Não houve pedido liminar.

Foram dispensadas as informações.

O Ministério Público Federal opinou, pelas palavras do Subprocurador-Geral da República Mário Ferreira Leite pelo não conhecimento do *writ, concedendo-se a ordem, de ofício, para que seja aplicado o redutor do § 4º, do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, em seu grau máximo, reduzindo a pena do paciente* (fl. 1389).

É o relatório.

In casu, em que pese o parecer favorável do Ministério Público Federal, a ordem não comporta concessão.

Ao afastar o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, disse o Tribunal de Justiça que *tem-se inaplicável a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas,* ***pois dispunham os réus, cada um, de vultosa quantidade de droga (Jonathan dispunha 133 pedras de crack, pesando aproximadamente 25,5g;*** *Alessandra, de 5 pedras grandes de crack e lascas da substância, totalizando 51.2g; e Juliano, de cento e trinta pedras de crack, pesando aproximadamente 24,4g, dois tijolos de maconha, pesando aproximadamente 4g),* ***além de numerário expressivo, arma de fogo, munições, colete balísticos e outros petrechos indicativos da traficância,*** *circunstância impeditiva da*

observância da minorante em questão, pois ***inafastável a conclusão de que se dedicavam à atividade criminosa*** (fl. 915 - grifo nosso).

Consta da denúncia que, no dia dos fatos, na residência do ora paciente, foram apreendidas duas balanças de precisão, três lâminas de gilete, um rolo de fita adesiva, sacolas plásticas e um par de luvas plásticas (fl. 22).

Pois bem. *Indicadas circunstâncias concretas aptas a afastar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, a qual exige que o agente seja primário, possua bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa, não há falar em violação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06* (AgRg no AREsp n. 764.710/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 19/12/2016).

Ademais, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica às atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em habeas corpus (AgRg no HC n. 378.844/SP, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 17/2/2017).

Em outras palavras, ***concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa****, que o paciente integrava organização criminosa ou, ao menos,* ***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* (HC n. 372.505/MS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 16/12/2016 - grifo nosso). E mais: AgRg no AREsp n. 1.368.267/MG, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 2/4/2019; e HC n. 475.677/SP, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 28/11/2018.

Cumpre salientar que a *mens legis* da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir, com menor rigor, o traficante que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida, mas que, cometendo um fato isolado na sua vida, acaba por incidir na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

Logo, além de não perceber a existência de manifesto constrangimento ilegal, entender aqui pela concessão do benefício requerido demandaria o inviável reexame de fatos e provas.

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

Publique-se.

Brasília, 08 de abril de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator