HABEAS CORPUS Nº 488.884 - RJ (2019/0007716-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	:	RENAN DE JESUS RAMOS

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial e com pedido de liminar impetrado em favor de RENAN DE JESUS RAMOS, contra acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro** na Apelação Criminal n. 0014980-25.2017.8.19.004.

O paciente foi condenado às penas de 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão em regime inicial **fechado** e de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 14-21).

Em apelação, o Tribunal de origem redimensionou as penas para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 dias-multa, mantendo os demais termos da sentença.

Dai o presente **writ**, onde o impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na negativa de aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja aplicada a causa especial de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, em seu grau máximo, com consequente fixação do regime aberto e substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 42-43.

Informações prestadas às fls. 59-62, 65-72 e 75-82.

O Ministério Público Federal, às fls. 84-47, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, no mérito, pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

> *"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ART.33, LEI N.º 11343/06). WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ANÁLISE DA PRETENSÃO (INCIDÊNCIA DO ART.33, §4º, LEI N.º 11343/06) REFOGE AOS ESTREITOS LIMITES DO MANDAMUS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART.33, §4º, LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. HABITUALIDADE DELITIVA. CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS (262 GRAMAS DE MACONHA – 57 TABLETES). DEDICAÇÃO À TRAFICÂNCIA. DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DA ORDEM OU, NO MÉRITO, PELA SUA DENEGAÇÃO"* (fl. 84).

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Inicialmente, cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de

que a "*dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade"* (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

Para melhor análise das questões aduzidas, colaciono o que dispôs o v. acórdão impugnado, sobre os temas:

"E isto porque os autos não comportam o reconhecimento da figura do tráfico privilegiado, já que há informes no sentido de o apelante estar atuando continuamente no tráfico da região, o que obsta a concessão do benefício pretendido, que se destina apenas ao traficante iniciante ou eventual. Nega-se, pois, o redutor almejado, com fulcro no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei n.º 11.343/06.

Correto, de outra banda, o regime prisional estabelecido na sentença, pois a presença de circunstância judicial negativa de fixação da pena-base autoriza a imposição de regime mais severo, consoante artigo 33, parágrafo 3º, do Código Penal. O regime, ademais, está compatível com a gravidade concreta da conduta, uma vez cometida com habitualidade.

[...]

Por fim, reputa-se prejudicado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, com fulcro no artigo 44, inciso I, do Código Penal, a contrario sensu, uma vez que a pena privativa de liberdade, embora reduzida, restou superior ao patamar de 04 (quatro) anos de reclusão" (fls. 37-28).

Na hipótese, o v. acórdão impugnado manteve o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que o paciente dedicava-se a atividades criminosas (traficância), em razão das circunstâncias em que se deu a apreensão dos entorpecentes, além de constatarem que não se tratava de traficante ocasional. Tudo isso, são elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Ademais, rever o entendimento das instâncias ordinárias para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente,

amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**.

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

> *"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO.* ***TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DA DROGA E CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA ALIADA A OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO.*** *PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO DELITO. AUMENTO DESPROPORCIONAL. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A OITO ANOS DE RECLUSÃO. CONCURSO MATERIAL. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *[...]*
>
> *2. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.*
>
> *3. Hipótese em que as instâncias ordinárias, atentas as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59 do CP, consideraram, além da expressiva quantidade de droga apreendida (80,6 kg de maconha), as circunstâncias graves do delito (o transporte de droga "nos mesmos veículos em que levavam seus filhos, todos crianças, sendo uma delas autista", expondo-as da pior forma possível, a presenciarem as prisões dos acusados e a apreensão da droga, além de terem ficado na delegacia aguardando o socorro de algum familiar) para elevar a pena-base, pelo crime de tráfico de entorpecentes, em metade (7 anos e 6 meses de reclusão), o que não se mostra desproporcional.*
>
> *[...]*
>
> ***6. Concluído pelas instâncias ordinárias, com***

fulcro na expressiva quantidade de entorpecente encontrado, assim como nas demais circunstâncias do delito, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a alteração 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).*

[...]

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, tão-somente, reduzir a pena-base pelo delito de porte ilegal de arma de fogo, tornando-a definitiva em 2 anos e 4 meses de reclusão mais 11 dias-multa" (HC n. 372.973/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 23/2/2017, grifei).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ***TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DAS DROGAS APREENDIDAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO PRIVILEGIADO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ELEVADA QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. CIRCUNSTÂNCIA QUE DENOTA A DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES ILÍCITAS. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRIMADO DO NE BIS IN IDEM. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS QUE, APESAR DE TEREM JUSTIFICADO A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE, NÃO DEFINIRAM A FRAÇÃO REDUTORA DO PRIVILÉGIO, MAS APENAS IMPEDIRAM O SEU RECONHECIMENTO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.*** *HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

[...]

- Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente.

- No caso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade elevada e variada dos entorpecentes apreendidos, estando, portanto, em consonância ao dispositivo legal mencionado.

- Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena

reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa. Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

- Não há bis in idem quando o Tribunal a quo fixa a pena-base acima do mínimo por conta da quantidade elevada da droga apreendida e afasta a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação da paciente à atividade criminosa. Precedentes.

- Hipótese em que inexiste coação ilegal no não reconhecimento do tráfico privilegiado pelas instâncias de origem, com base no fato de os pacientes dedicarem-se às atividades criminosas, ante a quantidade elevada e variada das drogas apreendidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito, notadamente agravadas diante da apreensão de dinheiro, munição e rádio comunicador, elementos aptos a justificar o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. ***Alterar tal entendimento importa em revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes.***

- Habeas corpus não conhecido" (HC n. 379.203/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 10/2/2017, grifei).

No que tange ao **regime inicial de cumprimento de pena**, embora o **quantum** da pena fixada comporte o regime semiaberto (5 anos e 10 meses de reclusão), o paciente ostenta circunstância judicial desfavorável que elevou a pena-base acima do mínimo legal, nos termos do art. 42, da Lei de Drogas. Desse modo, fixada a pena acima de 4 anos e existindo **circunstância judicial desfavorável**, fica afastada a possibilidade de fixação do regime diverso do **fechado**, nos termos do **art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, do art. 42 da Lei n. 11.343/06.**

A propósito:

"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. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS. INCABÍVEL. INOVAÇÃO NOS FUNDAMENTOS PELA CORTE DE ORIGEM EM RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. POSSIBILIDADE. PROFUNDIDADE DO EFEITO DEVOLUTIVO. NÃO OCORRÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS.* ***REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA APREENDIDA. MODO FECHADO.*** *CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. WRIT NÃO CONHECIDO.*

[...]

2. Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

3. Concluído pelas instâncias antecedentes, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e no registro de outras condenações não definitivas, que o paciente se dedica a atividades criminosas, 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.

4. A existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem afastar a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitirem concluir que o agente se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa.

5. O princípio do non reformatio in pejus não obsta que o Tribunal de origem, exercendo sua soberania para dizer o direito, encontre nova fundamentação para manter afastada a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, desde que respeitada a imputação deduzida pelo órgão de acusação e o limite da pena imposta no Juízo de origem.

6. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.

7. Embora o paciente seja tecnicamente primário e a pena aplicada seja de 6 anos de reclusão, revela-se

adequado o regime inicial fechado para o cumprimento da pena reclusiva, diante da quantidade, da natureza e da variedade de droga apreendida (8 porções de maconha, pesando 2,900 kg e 8 porções de cocaína, pesando 16g), conforme assentado no acórdão impugnado (art. 33, § 3º, do Código Penal c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

8. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 386.940/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 23/3/2017 , grifei).

"HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO HERÓICO. (I) DOIS PACIENTES. CONDENAÇÃO. ***TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS*** *(PARA AMBOS). POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO (APENAS PARA UM DELES). (II) REGIME INICIAL FECHADO. NATUREZA HEDIONDA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. GRAVIDADE ABSTRATA DOS FATOS. PACIENTES PRIMÁRIOS E DE BONS ANTECEDENTES.* ***PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL.*** *(III) SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. VARIEDADE E NOCIVIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. INVIABILIDADE.*

[...]

3. Caso em que o Tribunal de Justiça estabeleceu o regime mais gravoso para o início do cumprimento da pena dos pacientes, com fulcro na gravidade abstrata do delito e no dispositivo da Lei de Crimes Hediondos considerado inconstitucional pela Suprema Corte.

4. Conquanto a reprimenda final da paciente virago tenha sido fixada em 3 anos e 4 meses, revela-se inviável a fixação do regime inicial aberto, diante da natureza e variedade das drogas apreendidas (51 microtubos contendo crack, 16 pedras de cocaína e 48 trouxinhas de maconha).

[...]

6. A nocividade e a diversidade das drogas apreendidas recomendam a fixação do regime inicial intermediário e a negativa à substituição da pena corporal pelas restritivas de direitos, para ambos os acusados (Precedentes).

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de restabelecer o regime semiaberto para o cumprimento pelos pacientes da pena privativa de liberdade" (HC n. 364.275/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Antonio Saldanha Palheiro**, DJe de 11/11/2016, grifei).

Nesse compasso, fixada pena superior a 4 (quatro) anos de reclusão, não há se falar em substituição da corporal por restritiva de direito, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

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

P. e I.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer
Relator