HABEAS CORPUS Nº 497.869 - RS (2019/0069121-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL BIBIANA ASCARI DO ESPIRITO SANTO - RS056505
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	:	CRISTIANO MULLER ROLIM (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de **CRISTIANO MULLER ROLIM** contra acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.**

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado às penas de 06 (seis) anos de reclusão, em regime semiaberto, e 600 (seiscentos) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação ao Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao apelo, para aplicar a minorante do artigo 33, §4° da Lei 11.343/2006, redimensionando a pena ao patamar de **04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 420 (quatrocentos e vinte) dias-multa**.

No presente **writ**, o impetrante sustenta que não houve justificação adequada a ensejar a não aplicação da fração máxima da redutora capitulada no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

Requer, ao final, a concessão da ordem, para que incida o privilégio descrito no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, bem como a readequação do regime prisional (fls. 3-8).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 293-294).

As informações foram prestadas às fls. 296-338.

O Ministério Público Federal, às fls. 457-462, manifestou-se nos termos da seguinte ementa:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO, NOS TERMOS DA ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE QUE JUSTIFIQUE A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (500 COMPRIMIDOS DE ECSTASY). INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA REFERENTE AO TRÁFICO PRIVILEGIADO NO PATAMAR MÁXIMO. FRAÇÃO DE 1/6 APLICADA DE FORMA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS OBJETIVOS PREVISTO NOS ARTS. 33, §2°, "C" E 44, I, DO CÓDIGO PENAL. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS."*

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.

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

O impetrante sustenta que não houve justificação adequada a ensejar a não aplicação do patamar máximo da redutora capitulada no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em razão de que o paciente preenche todos os requisitos legais.

Quanto ao **punctum saliens**, o Tribunal de origem, quando do julgamento do recurso de apelação, assim se pronunciou, **in verbis**:

"[...] ***considerando a quantidade de droga encontrada com o réu****, sem olvidar sua nocividade, nos termos do art.42 da Lei de Drogas, entendo que sua incidência deverá ocorrer na fração de 1/6, por entender razoável e proporcional ao caso em testilha, sem olvidar o interesse estatal de repreender o indivíduo que comete o crime."*

O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, 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.**

Na hipótese, ao contrário do que aduz a defesa, **houve fundamentação concreta e idônea para o patamar estabelecido referente ao tráfico privilegiado**, lastreada na grande quantidade de drogas apreendidas - 500 (quinhentos) comprimidos de ecstasy, em consonância com o atual entendimento do col. Pretório Excelso, bem como desta Corte Superior de Justiça.

Qualquer incursão que escape a moldura fática ora apresentada, demandaria inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes deste átrio processual, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária.

Sobre o tema:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). QUANTUM DE REDUÇÃO. FRAÇÃO DE 1/3. POSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART.*

42 DA LEI N. 11.343/06. REGIME PRISIONAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PENA INFERIOR A 4 ANOS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL - CP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...] 2. ***A aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa. In casu, o entendimento consignado pelo Tribunal a quo está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, firmada no sentido de que, na escolha do quantum de redução da pena em razão da incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, o Juiz deve levar em consideração a quantidade e a natureza da substância apreendida - 200 eppendorfs de cocaína (45,4g) -, por expressa previsão legal (art. 42 da Lei n. 11.343/06).***

[...]

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto." (HC 451.828/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Joel Ilan Paciornik**, DJe 19/12/2018).

"De início, ressalto que são os seguintes os requisitos para concessão da causa de diminuição de pena, segundo os termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006: (i) ser o agente primário; (ii) possuidor de bons antecedentes; (iii) não se dedicar a atividades criminosas; e (iv) não integrar organização criminosa.

Tudo indica que a intenção do legislador, ao inserir a redação contida no § 4º do artigo 33, foi distinguir o traficante contumaz e profissional daquele iniciante na vida criminosa, bem como do que se aventura na vida da traficância por motivos que, por vezes, confundem-se com a sua própria sobrevivência e/ou de sua família. Daí, acredito essencial, para legitimar o afastamento do redutor, fundamentação corroborada em elementos capazes de afastar um dos requisitos legais, sob pena de desrespeito ao princípio da individualização da pena e de fundamentação das decisões judiciais. ***Todavia, ressalto que primariedade, bons antecedentes, não integração em organização criminosa ou dedicação às atividades criminosas são condicionantes da incidência da causa de diminuição de pena, não elementos determinantes de sua modulação****.*(HC 145888, Relator(a): Min. **Gilmar Mendes**, Dje de 18/08/2017).

"No presente caso, ***a escolha da fração de redução em 1/6 foi devidamente motivada com arrimo nas circunstâncias da causa, em especial o fato de o paciente auxiliar organização criminosa dedicada ao tráfico transnacional de entorpecentes****, mediante o transporte de 38.232g de massa líquida de cocaína.* ***Assim, ao declinar quadro relativamente desfavorável ao acusado e aplicar patamar de diminuição acima do mínimo legal, atendeu adequadamente aos requisitos de legalidade, na linha de compreensão do Supremo Tribunal Federal****"* (HC 143221, Relator(a): Min. **Alexandre de Moraes**, Dje de 22/08/2017).

"(...) 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite, para a aferição do percentual de redução da pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que a natureza e a quantidade da droga apreendida sejam valoradas negativamente na terceira fase da dosimetria da pena, desde que não sejam consideradas cumulativamente na primeira fase. Precedentes. 3. ***A instância ordinária, para reduzir apenas de metade a pena imposta ao paciente, por força do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, valorou negativamente*** *a natureza e a quantidade da droga apreendida (50g de cocaína), bem como* ***a circunstância de terem sido apreendidos em seu poder 'materiais utilizados na fabricação dos entorpecentes', motivação suficiente para obstar a redução no máximo legal****. 4.* ***O habeas corpus não constitui meio idôneo para se revolver o contexto fático-probatório ou glosar os elementos de prova que tenham amparado a conclusão da instância ordinária****. Precedentes. 5. Habeas corpus do qual se conhece em parte e, nessa extensão, denegado."* (HC 125991, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Dias Toffoli**, Segunda Turma, DJe de 28/4/2015).

Ante o exposto, não conheço do **writ**.

P. e I.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator