HABEAS CORPUS Nº 464.176 - PE (2018/0205895-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	IVANILSON DA SILVA ALBUQUERQUE E OUTRO
ADVOGADOS	:	IVANILSON DA SILVA ALBUQUERQUE - DF049773
		LUIZ FELIPE LIMA DE MENEZES - DF058439
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE	:	JOSE LEONARDO MESSIAS NOGUEIRA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de JOSÉ LEONARDO MESSIAS NOGUEIRA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, proferido no HC n. 0002549-42.2017.8.17.0000, nos termos da seguinte ementa:

> *AGRAVO INTERNO. TRÁFICO DE DROGAS. PORTE DE ARMA DE USO RESTRITO. HABEAS CORPUS MANEJADO COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. PEDIDO DE REDIMENSIONAMENTO DA PENA-BASE, APLICAÇÃO DA CAUSA DE REDUÇÃO PREVISTA NO § DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 E ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA, APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE ANÁLISE PROBATÓRIA INADMISSÍVEL NESTA VIA ESTREITA. AGRAVO INTERNO DENEGADO* (fl. 148).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, a 9 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, mais 670 dias-multa, pela prática dos delitos de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06) e posse ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16, *caput*, da Lei n. 10.826/03).

A sentença transitou em julgado (Processo: 3364-38.2015.8.17.1090).

No presente *writ*, os impetrantes sustentam ausência de fundamentos idôneos no aumento das penas-base e na não-aplicação do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

Requerem, assim, a redução da pena.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem, de ofício, para afastar as circunstâncias judiciais negativas, mantendo o aumento da

pena-base do tráfico apenas pela natureza da droga (fls. 165/176).

É o relatório.

Decido.

O presente *habeas corpus* não merece ser conhecido, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Contudo, passo à análise dos autos para verificar a possível existência de ofensa à liberdade de locomoção do ora paciente, capaz de justificar a concessão da ordem de ofício.

No caso, as penas-base dos delitos de tráfico ilícito de drogas e posse irregular de arma de fogo de uso restrito foram aplicadas acima do mínimo legal em razão da culpabilidade, dos motivos dos crimes e, exclusivamente quanto ao tráfico, da natureza da droga.

Confiram-se, aliás, os seguintes trechos da sentença condenatória:

> ***I) Art. 33 da Lei n°. 11.343/06***
>
> *A culpabilidade se mede pelo grau de reprovabilidade, ou seja, o grau de censurabilidade da conduta ofensiva ao bem jurídico penalmente tutelado, em função das características do crime e do agente. Na hipótese, a conduta do réu tem alto grau de reprovação.*
>
> *Não registra maus antecedentes criminais.*
>
> *Não há elementos para aferir sua personalidade e conduta social.*
>
> *O motivo não justifica o delito.*
>
> *As circunstâncias são as normais do crime.*
>
> *As conseqüências extrapenais são as comuns ao crime, visto que este delito é móvel para vários outros tipos, além das graves conseqüências penais para a sociedade, levando à ruina a vida de vários jovens e suas famílias.*
>
> *A vítima é a própria coletividade.*
>
> *Assim consideradas não só as circunstâncias judiciais, mas também, com preponderância, nos termos do artigo 42 da Lei n° 11.343/06, a natureza da droga apreendida (crack - substância de alto poder destrutivo), fixo a pena base em 7 (sete) anos de reclusão.*
>
> *O réu confessou o crime fazendo jus à atenuante do art. 65, III, "d", do CP, razão pela qual reduzo a pena em seis meses, o que resulta em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão.*
>
> *Não há agravantes.*
>
> *Deixo de aplicar a redução do art. 33, §4°, da Lei n° 11.343/06, considerando que a quantidade da droga apreendida **(3,830g de crack)** demonstra que o réu já se dedicava à atividade criminosa, não se tratando de um traficante eventual.*
>
> *Neste sentido:*

[...]

Assim, fixo a pena definitivamente em (6) seis anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Há, ainda, na espécie, a cumulação da pena privativa de liberdade com a de multa Atendendo, pois, às circunstâncias judiciais e à causa de diminuição, fixo a quantidade da pena pecuniária em 660 (seiscentos e sessenta) dias-multa e, atento, ainda, às condições econômicas do réu (art. 60, CP), estabeleço o seu valor unitário em 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos (art. 49, § 1º, CP).

II) art. 16 da Lei n°. 10.826/03

Culpabilidade evidenciada, tendo a conduta do réu alto grau de reprovação social.

Não registra maus antecedentes criminais.

Não há elementos para aferir a personalidade e conduta social do réu.

O motivo alegado não justifica o crime.

As circunstâncias são as normais do delito.

As conseqüências foram as normais do crime (estimulo e o uso de armas que leva ao cometimento de outros crimes).

Não há conseqüências extrapenais.

A vítima é a própria sociedade.

Assim, consideradas as circunstâncias judiciais, fixo a pena-base em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

O réu confessou o crime fazendo jus á atenuante do art. 65, III, "d", do CP, razão pela qual reduzo a pena em seis meses, o que resulta em uma pena definitiva de 3 (três) anos de reclusão, à mingua de agravantes ou causas gerais ou especiais de aumento ou diminuição de pena.

Há, ainda, na espécie, a cumulação da pena privativa de liberdade com a de multa. Atendendo, pois, às circunstâncias judiciais e às atenuantes, fixo a quantidade da pena pecuniária em 10 (dez) dias-multa e, atento, ainda, às condições econômicas do réu (art. 60, CP), estabeleço o seu valor unitário em 1/30 (um trinta avos) do salário-minimo vigente à época dos fatos (art. 49, § 1º. CP).

A soma das penas pelo concurso material de crime é de 9 (nove) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 670 (seiscentos e setenta) dias-multa.

DA APLICACÃO DO ARTIGO 387, § 2º, DO CPP COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 12.736/2012 COM A FINALIDADE EXCLUSIVA DE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL PARA CUMPRIMENTO DA PENA

Fixo o regime legal, qual seja, o inicialmente fechado, devendo a pena ser cumprida na Penitenciária Professor Barreto Campeio.

Deixo de aplicar a detração de que trata o artigo 387, §2°, do CPP, considerando a impossibilidade de análise acerca dos elementos

subjetivos necessários à progressão de regime. Logo, o período em que o réu esteve preso provisoriamente deverá ser computado pelo Juízo da Execução, na pena privativa de liberdade (detração - CP, artigo 42), caso entenda pela presença dos seus requisitos.

[...] (fls. 37/39).

A natureza da droga, *crack*, justifica o aumento da pena-base do delito de tráfico de drogas, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06, o qual assim dispõe:

> *"O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".*

A valoração negativa das demais circunstâncias não está baseada em elementos concretos, de maneira que o aumento delas decorrente deve ser decotado, em consonância com o parecer do Ministério Público Federal.

A atenuante da confissão espontânea, aplicada em apenas 6 meses, deve ser aumentada para 1/6 da pena-base, fração usualmente adotada por esta Corte, tendo em vista a inexistência de fundamentação que justifique uma menor redução.

A causa de diminuição de pena (§ 4º) não foi aplicada tendo em vista a dedicação do paciente à atividade criminosa, evidenciada pelas circunstâncias do delito (grande quantidade de droga, balança de precisão, embalagens plásticas etc). O reexame dessa questão demanda revolvimento de matéria fática, o que é vedado em *habeas corpus*.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes julgados:

> *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 SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.*
>
> *[...]*

2. Os requisitos legais para a incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas são agente reconhecidamente primário, com bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

3. Concluído pelas instâncias ordinárias, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e na natureza da droga apreendida, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, 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. Habeas corpus não conhecido (HC 330.342/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 27/4/2016)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS E INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

2. Concluído pelas instâncias ordinárias, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas e integrava organização criminosa, 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.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido (HC 353.208/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 29/04/2016)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE

> *PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS IDÔNEAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. [...] CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *[...]*
>
> ***2. Rever o entendimento externado pela Corte de origem para o fim de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 demandaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, inviável em sede de habeas corpus.***
>
> *[...]*
>
> *6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto* (HC 344.751/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 19/04/2016).

Passo, então, à nova dosimetria das penas.

Quanto ao delito de tráfico de drogas, aumento a pena-base em 1/6, pela natureza da droga, e diminuo-a em igual fração, pela atenuante da confissão, fixando a pena final em 5 anos de reclusão, mais 500 dias-multa, tendo em vista a impossibilidade de redução abaixo do mínimo legal (Súmula n. 231/STJ).

Quanto ao delito de posse irregular de arma de fogo de uso restrito, fixo a pena-base no mínimo legal, 3 anos de reclusão, mais 10 dias-multa, a qual torno definitiva, embora presente a atenuante da confissão espontânea, pelo mesmo motivo acima.

Diante do concurso material de crimes, a pena alcança o patamar de 8 anos de reclusão, com manutenção do regime fechado, em razão da maior gravidade do delito de tráfico, evidenciada pela natureza e quantidade da droga.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício para reduzir as penas-base do paciente, bem como aumentar a fração decorrente da confissão espontânea.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 11 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator