HABEAS CORPUS Nº 487.705 - RJ (2019/0000016-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	JONATHAS HYGINO PENA DE MELLO
ADVOGADO	:	JONATHAS HYGINO PENA DE MELLO - RJ204558
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	:	WALLACE CANUTO VIEIRA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de WALLACE CANUTO VIEIRA, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, assim ementado (fls. 9/13):

> APELAÇÃO CRIMINAL. SENTENÇA QUE CONDENOU O RÉU PELA PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES, DELITO DESCRITO NO ARTIGO 33, DA LEI Nº. 11.343/2006, ÀS PENAS DE 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, E 500 (QUINHENTOS) DIAS- MULTA, NO VALOR MÍNIMO LEGAL. APELO DEFENSIVO BUSCANDO A ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO, ANTE A ALEGADA FRAGILIDADE PROBATÓRIA. SUBSIDIARIAMENTE, PLEITEIA A REDUÇÃO DA PENA BASE AO MÍNIMO LEGAL, O RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO, A APLICAÇÃO DO REDUTOR DO §4º, DO ARTIGO 33, DA LEI Nº. 11.343/2006, EM SEU GRAU MÁXIMO, E A FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MENOS GRAVOSO. PARCIAL PROVIMENTO. O ACUSADO ENCONTRAVA-SE EM SITUAÇÃO DE FLAGRANTE DELITO. A AUTORIA E A MATERIALIDADE DELITIVAS FORAM COMPROVADAS PELO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE, PELO REGISTRO DE OCORRÊNCIA, PELO AUTO DE APREENSÃO DA DROGA E DO VALOR DE R$ 90,00 (NOVENTA) REAIS, E PELO LAUDO DE EXAME EM SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE OS QUAIS ATESTARAM TRATAR-SE DE 4,3G (QUATRO GRAMAS E TRÊS DECIGRAMAS) DE COCAÍNA, DISTRIBUÍDOS EM 11 (ONZE) EMBALAGENS PLÁSTICAS, COM AS INSCRIÇÕES "FZD", E PELA PROVA ORAL COLHIDA EM JUÍZO. DEPOIMENTOS PRESTADOS PELOS POLICIAIS COERENTES E COESOS, CONTEXTUALIZANDO, EM APERTADA SÍNTESE, QUE ESTAVAM EM PATRULHAMENTO, EM LOCAL CONHECIDO PELA TRAFICÂNCIA, QUANDO TIVERAM A ATENÇÃO VOLTADA PARA DOIS ELEMENTOS. QUE O APELANTE AO NOTAR A PRESENÇA DA POLÍCIA, DEIXOU CAIR UMA CÁPSULA NO CHÃO, E AO FAZEREM A ABORDAGEM PERCEBERAM QUE SE TRATAVA DE COCAÍNA. POR FIM, AFIRMAM QUE O RECORRENTE CONFESSOU ESTAR VENDENDO DROGAS NA LOCALIDADE, INDICANDO O LOCAL ONDE ESTAVAM OS ENTORPECENTES ESCONDIDOS. VERSÃO

DEFENSIVA QUE NÃO ENCONTRA GUARIDA NA PROVA DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 70 DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ALÉM DISSO, A PROVA DA TRAFICÂNCIA É CLARA, ATÉ PORQUE O APELANTE ADMITIU AOS POLICIAIS A POSSE DAS DROGAS, BEM COMO INDICOU ONDE AS MESMAS ESTARIAM ESTOCADAS. ADEMAIS, A FORMA DE ACONDICIONAMENTO DA DROGA E O LOCAL DA PRISÃO SUSTENTAM COM FIRMEZA O DECRETO CONDENATÓRIO E NÃO AUTORIZAM O ACOLHIMENTO DO PLEITO DEFENSIVO DE ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO. NO QUE TANGE À DOSAGEM DA PENA, O PLEITO DEFENSIVO PARA QUE SEJA APLICADA A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA, NÃO MERECE ACOLHIMENTO. PENA BASE FOI ADEQUADAMENTE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL, SENDO ASSIM, NÃO HÁ FALAR EM APLICAÇÃO DA REFERIDA ATENUANTE, VISTO QUE NÃO HÁ POSSIBILIDADE DE SE ROMPER O PISO ESTABELECIDO NA LEI, POIS AS ATENUANTES NÃO FAZEM PARTE DO TIPO PENAL, DE MODO QUE NÃO TÊM O CONDÃO DE PROMOVER A REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL, CONSOANTE DISPOSTO NA SÚMULA Nº. 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DO MESMO MODO, CORRETA A NÃO APLICAÇÃO DO REDUTOR DO §4º, DO ARTIGO 33, DA LEI Nº. 11.343/2006, POIS AS CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO EVIDENCIAM QUE O ACUSADO SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS DE FORMA HABITUAL, EIS QUE, O APELANTE JÁ É VELHO CONHECIDO DA POLÍCIA POR TER ENVOLVIMENTO COM O TRÁFICO DE DROGAS NA LOCALIDADE DE PETRÓPOLIS, ALÉM DE AFIRMAR PARA OS POLICIAIS QUE HAVIA COMPRADO A DROGA NA “FAVELA DO JACARÉ”, NO RIO DE JANEIRO, POR R$ 3,00 (TRÊS) REAIS CADA CÁPSULA, REVENDENDO POR R$ 10,00 (DEZ) REAIS. POR FIM, NO QUE DIZ RESPEITO AO REGIME PARA CUMPRIMENTO DE PENA, COMO SABIDO, O PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM 27.07.2012, AO JULGAR O HABEAS CORPUS N°. 111.840/ES, POR MAIORIA, DECLAROU INCIDENTALMENTE A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, PARÁGRAFO 1º, DA LEI Nº.

8.072/1990, COM A REDAÇÃO QUE LHE FOI DADA PELA LEI Nº. 11.464/2007, AFASTANDO, DESSA FORMA, A OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO PARA OS CONDENADOS POR CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS. ASSIM, PARA O ESTABELECIMENTO DE REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS GRAVOSO DO QUE COMPORTA A PENA, É NECESSÁRIA FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA, COM BASE EM ELEMENTOS CONCRETOS EXTRAÍDOS DOS AUTOS. SÚMULAS Nº. 440 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E 718 E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NO PRESENTE CASO, O JUÍZO DE ORIGEM, APÓS ESTABELECER A PENA PRIVATIVA DE

> LIBERDADE EM 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, ESTABELECEU O REGIME INICIAL FECHADO APENAS EM VIRTUDE DA HEDIONDEZ DO DELITO, PROVIDÊNCIA ESTA VETADA PELA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. DESSA FORMA, CONSIDERANDO A QUANTIDADE DE PENA APLICADA AO ACUSADO, O REGIME MAIS ADEQUADO NA HIPÓTESE É O SEMIABERTO, CONSOANTE DISCIPLINA O ARTIGO 33, PARÁGRAFO 2º, ALÍNEA 'B', COMBINADO COM ARTIGO 59, TODOS DO CÓDIGO PENAL. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO E, MODIFICAR O REGIME INICIAL DO RÉU PARA O SEMIABERTO, DETERMINANDO-SE A EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO APÓS ESGOTADAS AS INSTÂNCIAS RECURSAIS ORDINÁRIAS.

O paciente foi condenado às penas de 5 anos de reclusão e de 500 dias-multa, como incurso no delito do art. 33 da Lei 11.343/2006, sem a aplicação da regra contida no § 4º do referido preceito, com a determinação do cumprimento da pena em regime fechado e o direito de recorrer em liberdade.

Interposta apelação pela defesa, a 1ª Câmara Criminal do TJRJ deu parcial provimento ao recurso para modificar o regime inicial de cumprimento da pena para o semiaberto.

Alega o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal em face da ausência de fundamentação idônea para o não reconhecimento da figura do tráfico privilegiado, aduzindo que não há nos autos comprovação cabal de que o paciente se dedicava a atividades criminosas ou ainda que integrava organização criminosa.

Requer a concessão da ordem para reconhecer a figura do tráfico privilegiado, aplicando a causa de diminuição da pena prevista no art. 33, 4º, da Lei 11.343/2006.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *writ.*

É o relatório.

DECIDO.

Para não aplicar a minorante do tráfico, apontou a Corte *a quo* que (fl. 21):

> No que diz respeito ao pedido do apelante para a aplicação do redutor previsto no artigo 33 § 4º da Lei 11.343/06, este também não merece prosperar.
> O apelante é primário e possuidor de bons antecedentes. Contudo, esses não são os únicos critérios para se aferir se o agente se dedica às atividades criminosas ou integra organização criminosa, conforme preceitua o citado dispositivo legal.

> **Na hipótese dos autos, as circunstâncias da prisão evidenciam que o acusado se dedicava a atividades criminosas de forma corriqueira e organizada, eis que, de acordo com as declarações prestadas em juízo dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante do recorrente, o mesmo já é velho conhecido da polícia na localidade de Petrópolis por ter envolvimento com o tráfico de drogas, além do mesmo afirmar para os policiais que havia comprado a droga na "Favela do Jacaré", no Rio de Janeiro, por R$ 3,00 (três) reais cada cápsula, revendendo por R$ 10,00 (dez) reais.**
> Tais circunstâncias revelam não se tratar de traficante eventual, ao qual o legislador quis beneficiar com a redução penal, visando desestimulá-lo da nociva atividade, mas sim de traficante habitual, acostumados a comercializar drogas, sendo incabível, em casos tais, a aplicação da causa especial de diminuição de pena pretendida.

Como efeito, no acórdão combatido, o Tribunal trouxe fundamento válido para justificar o afastamento da privilegiadora, ao aduzir que o paciente *é velho conhecido da polícia na localidade de Petrópolis por ter envolvimento com o tráfico de drogas, além do mesmo afirmar para os policiais que havia comprado a droga na "Favela do Jacaré", no Rio de Janeiro, por R$ 3,00 (três) reais cada cápsula, revendendo por R$ 10,00 (dez) reais*, circunstâncias que revelam não se tratar o réu de mero traficante eventual, mas de indivíduo que efetivamente se dedica à atividade criminosa.

Como se vê, o Tribunal de origem negou a aplicação do benefício em virtude das circunstâncias do caso, as quais evidenciaram o não preenchimento dos requisitos legais, revelando a dedicação do réu à atividade criminosa, sendo que a pretendida revisão do julgado implicaria o reexame do material cognitivo produzido nos autos, insuscetível de ser realizada na estreita via do *habeas corpus*. Nesse sentido:

> PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
> (...)
> II - 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.

III - In casu, o eg. Tribunal de origem afastou a redutora, ao argumento de que o paciente se dedicava às atividades criminosas, lastreando-se no depoimento do próprio acusado, nas circunstâncias da sua prisão em flagrante, bem como no art. 42, do Estatuto Repressivo. Assim, as fundamentações exaradas são adequadas ao caso concreto e justificam o afastamento da figura do tráfico privilegiado. Rever esse entendimento 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. Precedentes.

(...)

Habeas Corpus não conhecido. (HC 454.643/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 2/8/2018, DJe 8/8/2018.)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPETRAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. O enfrentamento de teses jurídicas na via restrita pressupõe que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.

3. O parágrafo 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

4. **Fixado na sentença condenatória e no acórdão da apelação, com base nos fatos, que o paciente se dedica a atividades criminosas (...situação em que nada se identifica com a pessoa do Réu, o qual, em caráter de habitualidade, por dispor de expressiva quantidade de drogas, em antro**

da traficância, expõe evidências no sentido de integrar organização criminosa espúria, dedicando-se, profissionalmente, ao tráfico de drogas, circunstância que evidencia seu enraizamento irresgatável ao submundo do crime...) é inviável o reconhecimento da minorante, pois não atende aos requistos previstos na lei, conclusão que não pode ser alterada na via eleita, por demandar revolvimento fático-probatório.

5. Regime de cumprimento e substituição de pena, matérias que não foram decididas pelo Tribunal de origem, o que denota a incompetência deste Sodalício para analisar tais matérias, sob pena de indevida supressão de instância.

6. Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, no caso concreto, essa benesse não se mostra razoável, até porque, mantido o quantum da pena, maior de 4 anos, o pleito é descabido.

7. É que apreendida grande quantidade de droga que atrai a incidência dos ditames norteadores do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, no sentido de que 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".

8. Condenado à pena de 5 anos de reclusão por tráfico de 13g de cloridrato de cocaína, acondicionados em 62 pequenos invólucros, correta a fixação do regime mais gravoso, o fechado.

9. Habeas corpus não conhecido (HC 192.828/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 25/6/2013, DJe 1º/8/2013.)

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TESE DE FALTA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. INAPLICABILIDADE NO CASO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. INVERSÃO DO JULGADO. VIA INADEQUADA.

1. O exame da tese de falta de provas para sustentar a condenação demanda, inevitavelmente, profundo reexame do material cognitivo produzido nos autos, o que, como é sabido, não se coaduna com a via estreita do writ, sobretudo se a instância ordinária, soberana na análise fático-probatória, restou convicta sobre a existência do crime e sua respectiva autoria.

2. **Não preenchidos os requisitos legais, conforme atestou o acórdão impugnado, o qual, de acordo com a prova produzida nos autos, afirmou tratar-se de réu que se dedicava às atividades criminosas, havendo indícios, inclusive, de que integrava organização criminosa, não faz jus o Paciente à aplicação da minorante inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06.**

3. **Ademais, a via eleita é imprópria para o afastamento do entendimento adotado pela instância ordinária, em face da incabível dilação probatória que se faria necessária para reconhecer a presença dos requisitos subjetivos exigidos.**

> *4. Ordem denegada* (HC 158.918/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 14/2/2012, DJe 28/2/2012.)

Ante o exposto, denego o *habeas corpus.*

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 16 de abril de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator