

HABEAS CORPUS Nº 540.428 - RJ (2019/0312690-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS : RONALDO ORLOWSKI - RJ087506
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : CARLOS HENRIQUE SANTOS DA SILVA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de CARLOS HENRIQUE SANTOS DA SILVA contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - Apelação Criminal n. 0001169-65.2017.8.19.0052.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial aberto, como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, c/c o art. 40, inciso IV, ambos da Lei n. 11.343/06, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

No julgamento da apelação, o Tribunal de origem deu provimento parcial ao recurso ministerial a fim de redimensionar a reprimenda do réu para 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, cassada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que o paciente faz jus à causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da referida lei, haja vista a ausência de indícios que demonstrem sua dedicação ao tráfico ou participação em organização criminosa, além de ser primário e possuidor de bons antecedentes.

Defende que estaria autorizado o abrandamento do modo prisional, em razão do preenchimento dos requisitos legais.

Aduz, por fim, ser devida a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Requer a concessão da ordem para que seja aplicado o redutor da pena em seu grau máximo e alterado o modo prisional, além da substituição da pena corpórea pela restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida às fls. 83-84.

As informações foram prestadas às fls. 91-94.

O MPF, às fls. 99-103, manifestou-se pelo não conhecimento da ordem.

É o relatório.

Cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º,

do Código de Processo Penal.

No que se refere ao sustentado constrangimento ilegal decorrente da inaplicabilidade da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, colhe-se do acórdão recorrido (e-STJ fl. 32):

"Noutro giro, merece provimento o recurso do Ministério Público para que seja afastada a causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33 da Lei 11343/06.

Para a aplicação da referida causa de diminuição da pena, é imperioso que estejam presentes, cumulativamente, os requisitos exigidos, quais sejam: primariedade, bons antecedentes, não dedicação às atividades criminosas e que o agente não integre organização criminosa.

A redução da pena é cabível em situações excepcionais, desde que presentes todos os requisitos, já que a intenção do legislador foi a de diferenciar o traficante ocasional do habitual.

*Embora se trate de réu primário e com bons antecedentes, no caso em tela, entendo inaplicável a redução, considerando que **restou demonstrado que o apelante se dedicava à atividade criminosa do tráfico na região, tendo em vista que o réu já tinha sido identificado nas investigações como um dos traficantes da localidade, somado ao fato que o mesmo não comprovou exercer qualquer atividade laboral lícita, evidenciando-se que não se trata de traficante ocasional.**"*

Cumprе registrar que o § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) **não se dedique às atividades criminosas**; e d) não integre organização criminosa.

Na hipótese, observa-se que o acórdão reprochado, com esteio no conjunto probatório acostado aos autos, notadamente nas circunstâncias em que se deu o delito, entendeu que o paciente se dedicava ao tráfico de entorpecentes, motivo pelo qual deixou de aplicar a causa especial de diminuição de pena em testilha.

Desta forma, não se pode dizer que a Corte estadual incidiu em constrangimento ilegal, pois, entendendo que o paciente não satisfazia as exigências para a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, fundamentadamente rechaçou a sua incidência.

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES.

PENA-BASE MAJORADA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO. NECESSÁRIO REEXAME DE PROVAS. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. PLEITOS DE ABRANDAMENTO DO REGIME E DE PERMUTA DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS PREJUDICADOS. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Quanto à fixação da pena-base acima do mínimo legal, cumpre registrar que a dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando ela atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

2. In casu, as instâncias ordinárias fundamentaram expressamente a majoração da pena-base, considerando, em especial, a quantidade da droga apreendida - 1.000 gramas de maconha -, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Daí, não se mostra desproporcional ou desarrazoada, porquanto fundamentada a fração em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.

3. Na hipótese dos autos, observa-se que, na esteira da jurisprudência desta Corte, o Tribunal de origem concluiu, motivadamente, pela dedicação do recorrente ao tráfico ilícito de entorpecentes levando em conta a expressiva quantidade de droga apreendida. Assim, a modificação desse entendimento - para acolher a pretensão de que ele não se dedica à atividade criminosa - exige o revolvimento do conteúdo fático-probatório, inadmissível em recurso especial (Súmula 7/STJ).

4. Por fim, mantida a dosimetria fixada pela Corte de origem em 6 anos, 7 meses e 5 dias de reclusão, as pretensões de abrandamento do regime e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não merecem subsistir, porquanto ausentes os requisitos legais autorizadores dos benefícios.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 1446279/SE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 20/05/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS RECONHECIDA NÃO SOMENTE COM BASE NA GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS MAS TAMBÉM TENDO EM VISTA A DINÂMICA DO FATO DELITUOSO. AFASTAMENTO. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO.

1. A diminuição da pena com base no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 foi afastada não somente em virtude da quantidade da droga apreendida mas também em virtude do reconhecimento

de que o agravante se dedica às atividades criminosas, ante a dinâmica do fato delituoso, o que encontra agasalho na pacífica jurisprudência desta Corte Superior de Justiça. Precedentes.

2. Como apurado no decorrer da instrução processual, o agravante foi surpreendido com 146,4g de cocaína, escondida junto a uma balança de precisão; além disso, em companhia de outros corréus teria roubado um veículo, levando-o para o Paraguai com o objetivo de vendê-lo e adquirir mais drogas; e ainda foi apontado por testemunhas como o dono de uma boca de fumo, o que corroborou a tese de que se dedicava efetivamente a essa atividade criminosa.

3. Ademais, "concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas e integrava facção 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" (HC 387.422/RJ, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 9/5/2017, DJe 15/5/2017).

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 493.820/MS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 24/05/2019)

Por fim, o pleito de alteração do regime inicial de cumprimento da pena, bem como a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos encontra-se prejudicado, porquanto mantida a sanção final tal como fixada.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno deste Superior Tribunal, **não conheço o habeas corpus**.

Publique-se e intemem-se.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator