

HABEAS CORPUS Nº 518.720 - SP (2019/0188040-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : SIRONEI CARVALHO DOS SANTOS
ADVOGADO : SIRONEI CARVALHO DOS SANTOS - SP164786
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : JOSE NICOLAU NETO
PACIENTE : EVERTON NICOLAU

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de JOSE NICOLAU NETO e EVERTON NICOLAU contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região no julgamento da Apelação Criminal n. 0003729-15.2010.4.03.6127.

Depreende-se dos autos que os pacientes foram condenados como incursos nas sanções dos arts. 184, § 2º, 273, § 1º-B, incisos I e V e 334, § 1º, alínea c, todos do Código Penal, às penas de 10 (dez) anos e 10 (dez) meses de reclusão para JOSE NICOLAU NETO e 12 (doze) anos e 6 (seis) meses para EVERTON NICOLAU, ambos em regime inicial fechado.

No julgamento da apelação, o Tribunal de origem, por maioria, deu provimento parcial ao recurso da defesa a fim de reconhecer a prescrição da pretensão punitiva em relação aos crimes previstos nos arts. 184, § 2º, e 334, § 1º, ambos do Código Penal, mantendo as condenações dos réus em relação ao delito previsto no art. 273, § 1º-B, inciso I, do mesmo diploma legal.

Os embargos infringentes opostos foram parcialmente providos para para redimensionar as reprimendas dos réus para 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que, diante da ausência de elementos que demonstrem a dedicação e a habitualidade na prática delitiva dos pacientes, deveria ser aplicada a causa de diminuição especial do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja aplicada a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, com o estabelecimento de regime prisional aberto e, ainda, substituídas as penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 32-33).

As informações foram prestadas (e-STJ fls. 54-59).

O Ministério Público Federal, às fls. 63-74 (e-STJ), manifestou-se pelo não conhecimento da ordem.

É o relatório.

Cumpra 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 art. 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 art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

No que se refere ao sustentado constrangimento ilegal decorrente do afastamento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, colhe-se do acórdão recorrido (e-STJ fls. 27-28):

"a) Everton Nicolau

[...]

*Na terceira fase, não incide a minorante do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, tendo em vista que as **circunstâncias dos autos demonstram que o réu dedicava-se a atividade criminosa**. Com efeito, o réu mantinha em depósito e expunha à venda os medicamentos, num comércio de propriedade do seu pai, onde também eram vendidas outras substâncias ilícitas, tais como cigarros de procedência estrangeira e cópias de obras intelectuais realizadas sem autorização. Além disso, foi apurado que ele era o responsável pela venda do entorpecente apreendido no bar (LSD).*

[...]

b) José Nicolau

[...]

Na terceira fase, não incide a minorante do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, tendo em vista que as circunstâncias dos autos demonstram que o réu mantinha em depósito e expunha à venda os medicamentos, num bar de sua propriedade, onde também eram vendidas outras substâncias ilícitas, tais como cigarros de procedência estrangeira e cópias de obras intelectuais realizadas sem autorização."

Cumpre 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 os pacientes se dedicavam às atividades criminosas, 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 os pacientes não satisfaziam as exigências para a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, 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 das penas, bem como a possibilidade de substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos encontra-se prejudicado, porquanto mantidas as sanções finais tais como fixadas.

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

Publique-se.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator