

HABEAS CORPUS Nº 543.870 - MG (2019/0332515-9)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
FABIANO TORRES BASTOS - MG072008
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : WESLEY DAVID DE JESUS SOARES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de WESLEY DAVID DE JESUS SOARES no qual aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - Apelação n. 1.0024.17.131735-7/001.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 anos de reclusão, como incurso nas sanções do artigo 157, *caput*, do Código Penal e à pena de 3 anos e 9 meses de reclusão, como incurso nas sanções do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em regime inicial semiaberto.

No julgamento da apelação, o Tribunal de origem deu provimento parcial ao recurso ministerial a fim de condenar o réu também como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, redimensionando sua reprimenda para 7 anos e 9 meses de reclusão, mantendo-se, no mais, a sentença condenatória.

Sustenta a impetrante, em síntese, que faz jus à aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 2/3 (dois terços), em razão da pequena quantidade de droga apreendida.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja aplicado o redutor da pena em seu grau máximo.

A liminar foi indeferida às e-STJ fls. 271-272.

As informações foram prestadas às fls. 276-296.

O Ministério Público Federal, às e-STJ fls. 301-307, manifestou-se pela concessão 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.

Insta consignar que o § 4º do artigo 33 da Lei n. 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.

Tendo destinatário certo, este Tribunal Superior vem afastando a aplicação do benefício legal em casos que envolvem grande apreensão de entorpecente, porque, em hipóteses tais, sem a necessidade de amparo em provas, resta evidenciado que o indivíduo não se enquadra no modelo imaginado pelo legislador, mormente porque os pressupostos "*não se dedicar a atividades criminosas*" e "*não integrar organização criminosa*" são inconciliáveis com o manejo, em grande escala, de drogas.

Cabe ressaltar que o fato de a lei não estabelecer critérios objetivos para a incidência do benefício não impede que o julgador, no exame do caso concreto e em observância às circunstâncias do fato, possa preencher a lacuna legal, não havendo que se falar em violação ao princípio da legalidade.

Nessa mesma linha, vejam-se:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO.

POSSIBILIDADE. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI DE TÓXICOS. RÉ QUE SE DEDICAVA À ATIVIDADE CRIMINOSA. DESCABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SANÇÃO MAIOR QUE QUATRO ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. RÉ PRIMÁRIA E SEM MAUS ANTECEDENTES. ADEQUAÇÃO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

IV - 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.

V - Na espécie, houve fundamentação concreta e idônea para o afastamento do tráfico privilegiado, lastreada na diversidade e quantidade de drogas apreendidas, elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, pois demonstram que a paciente se dedicava às atividades criminosas. Rever essa constatação, 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.

VI - No que tange ao regime inicial de cumprimento da pena, cumpre registrar que o Plenário do col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo

mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo.

VII - No presente julgado, não foi apresentado nenhum fundamento concreto para o agravamento do regime, a não ser a gravidade abstrata do delito, razão pela qual, a paciente faz jus ao regime semiaberto, para início de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, § 2º, "b", do CP.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime semiaberto, para o início de cumprimento da pena, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 497.295/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 09/04/2019, DJe 12/04/2019)"

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS CONSTATADA A PARTIR DE PROVAS COLHIDAS AO LONGO DA INSTRUÇÃO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO QUE DEMANDARIA O REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A teor do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, as penas do crime de tráfico poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, desde que o agente seja primário, com bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa. Em relação aos critérios legais que norteiam o grau da redução, firmou este Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a quantidade e/ou a natureza da droga, bem como as demais circunstâncias do caso, podem balizar o índice de diminuição, ou, até mesmo, justificar a não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciada a dedicação do réu à atividade criminosa.

2. Afastada a redutora pela Corte a quo, com fundamento em circunstâncias do caso que evidenciem a dedicação do réu à atividade criminosa, tal qual ocorre no presente caso, a pretendida revisão do julgado implicaria o reexame do material cognitivo produzido nos autos, insuscetível de ser realizada na estreita via do habeas corpus. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 488.862/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/04/2019, DJe 10/04/2019)"

Na espécie, diante das circunstâncias concretas do delito, haja vista a natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos - **89 gramas de maconha e 8 gramas de crack** (e-STJ fl. 236) -, entendeu o Tribunal de origem que o paciente dedicava-se à atividade criminosa, motivo pelo qual afastou a incidência do benefício previsto no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06, *in verbis* (e-STJ, fl. 238):

"Na terceira fase, presente apenas a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, motivo pelo

Superior Tribunal de Justiça

qual, em razão da significativa quantidade de droga apreendida, que não pode ser considerada mínima, mas também não é grande, reduzo a pena em 1/4 (um quarto), patamar justo e razoável"

Desta forma, não se pode dizer que o Tribunal de origem 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.

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

Publique-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Após o trânsito em julgado, remetam-se os autos ao arquivo.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator