

HABEAS CORPUS Nº 531.704 - RJ (2019/0266358-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
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 : JUVENIL SILVA DE OLIVEIRA JUNIOR (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de JUVENIL SILVA DE OLIVEIRA JUNIOR,, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento da Apelação Criminal n. 0010195-39.2017.8.19.0068.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pelo Juízo de primeiro grau, às penas de 5 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 500 dias-multa, pela prática do delito previsto no **art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006**, havendo sido absolvido da imputação do crime de associação para o tráfico de drogas, com espeque no art. 386, VII, do Código de Processo Penal (e-STJ, fls. 29/33).

Irresignado, o representante do *Parquet* apelou e o Tribunal estadual negou provimento ao recurso quanto à condenação pelo art. 35 da Lei de Drogas, mas lhe deu provimento para aumentar a pena-base aplicada ao apelado, resultando em uma sanção final de 5 anos e 10 meses de reclusão, mantido o regime inicial semiaberto, e 583 dias-multa (fls. 34/50), em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO. A SENTENÇA JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO PARA CONDENAR JUVENIL SILVA DE OLIVEIRA JUNIOR E FERNANDO CANDIDO BRITO NAS SANÇÕES DO ART.33, CAPUT, DA LEI 11.343/06, FIXANDO A PENA DE AMBOS OS RÉUS EM 05 ANOS DE RECLUSÃO NO REGIME SEMIABERTO E AO PAGAMENTO DE 500 DIAS-MULTA, ABSOLVENDO-OS DA IMPUTAÇÃO DE DELITO DE

ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. OUTROSSIM, MANTEVE A CUSTÓDIA PREVENTIVA. INCONFORMADO, O MINISTÉRIO PÚBLICO INTERPÔS RECURSO DE APELAÇÃO CUJAS RAZÕES RECURSAIS SE ENCONTRAM NA PASTA ELETRÔNICA 288, REQUEREU A REFORMA DA SENTENÇA SENTIDO DE 1) CONDENAR OS RÉUS PELO CRIME DO ART. 35 DA LEI 11.343/06, NA MEDIDA EM QUE OS RÉUS ESTAVAM ASSOCIADOS ENTRE SI E COM ELEMENTOS NÃO IDENTIFICADOS DO COMANDO VERMELHO, TENDO EM VISTA A QUANTIDADE, BEM COMO O COMÉRCIO SER DESTINADO A ÁREA DOMINADA PELO INFAME C.V.; 2) RECONHECER A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE EM RAZÃO DA NATUREZA E DA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA; 3) RECONHECER A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA QUANTO A O RÉU FERNANDO E 4) A FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO COMO DE CUMPRIMENTO INICIAL DA PENA. A MATERIALIDADE E AUTORIA DO CRIME DE TRÁFICO RESTARAM PROVADAS. POR OUTRO LADO, ENTENDO QUE A ABSOLVIÇÃO DOS RÉUS QUANTO AO DELITO DE ASSOCIAÇÃO DEVA SER MANTIDA, HAJA VISTA QUE DIANTE DO CONJUNTO DE ELEMENTOS CONSTANTES DOS AUTOS, NÃO RESTOU COMPROVADO DE QUE OS RÉUS/APELANTES ESTIVESSEM ASSOCIADOS ENTRE SI PARA A PRÁTICA DE MERCANCIA DE ENTORPECENTES, ASSIM ENTENDENDO PORQUE NÃO PODE A CONDENAÇÃO ESTAR ESTRIBADA EM PRESUNÇÕES.

DESTAQUE-SE QUE OS DEPOIMENTOS DOS REFERIDOS POLICIAIS MILITARES ACIMA REFERIDOS SÃO HARMÔNICOS COM AQUELES PRESTADOS EM SEDE INQUISITIVA, BEM COMO IDÔNEOS. TAIS DECLARAÇÕES, NÃO OBSTANTE PODEREM SER TOMADAS COMO MEIO DE PROVA PARA EVIDENCIAR A PRÁTICA DO OUTRO DELITO IMPUTADO AOS RÉUS/APELADOS, NÃO COMPROVAM A ESTABILIDADE DA ASSOCIAÇÃO E O ACORDO PRÉVIO DOS ACUSADOS ENTRE SI VOLTADO PARA A PRÁTICA DE UMA FINALIDADE COMUM, NO CASO VERTENTE, O TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. A AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE INVESTIGAÇÃO ANTERIOR, DA MESMA FORMA, NÃO PERMITE RECONHECER A ESTABILIDADE DA ASSOCIAÇÃO PARA O CRIME DE TRÁFICO. NOTE-SE AINDA QUE A DENÚNCIA FEZ SIMPLES REFERÊNCIA AO FATO DE TEREM OS ACUSADOS SE ASSOCIADO ENTRE SI PARA O FIM DE EXPLORAR O TRÁFICO DE

ENTORPECENTES SEM, CONTUDO, DESCREVER A FORMA COMO TAL ATIVIDADE SE DESENVOLVIA. COMO BEM ASSEVEROU O I. MAGISTRADO "... EMBORA OS ELEMENTOS DE PROVA APONTEM QUE OS ACUSADOS PERTENÇAM AO COMANDO VERMELHO, NÃO DIZEM HÁ QUANTO TEMPO; SÃO INCONCLUSIVOS A RESPEITO DE SE O VINCULO ENTRE ELES E A FACÇÃO E O FALECIDO 'TOMAS 22' ERA HABITUAL, CONSTANTE....". NÃO SE PODE OLVIDAR QUE O PRÓPRIO MP EM ALEGAÇÕES FINAIS OPINOU PELA ABSOLVIÇÃO DOS RÉUS DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO, CONFORME A SEGUINTE ARGUMENTAÇÃO: "... NO QUE CONCERNE A ESTE ASPECTO DA ACUSAÇÃO, O PARQUET ENTENDE QUE A PRETENSÃO PUNITIVA DEVE SER RECHAÇADA PELO JUÍZO DIANTE DA INSUFICIÊNCIA DO ACERVO PROBATÓRIO. A RIGOR, NÃO RESTOU COMPROVADO QUE OS ACUSADOS ATUAVAM DE FORMA ESTÁVEL E PERMANENTE NA PRÁTICA DA MERCANCIA DE DROGAS, O QUE CONDUZ À EDIÇÃO DE PROVIMENTO JUDICIAL ABSOLUTÓRIO". DESSA SORTE, NÃO PROSPERA O RECURSO MINISTERIAL QUANTO À CONDENAÇÃO DOS PELO CRIME DO ART. 35 DA LEI 11.343/06. DOSIMETRIA. 1ª FASE. NO QUE TANGE À PENA-BASE ENTENDO QUE A R. SENTENÇA MONOCRÁTICA MERECE REPARO, POSTO QUE EM CONFORMIDADE COM A DICÇÃO DO ART. 42 DA LEI 11.343/06, A QUANTIDADE DO MATERIAL APREENDIDO, QUAL SEJA, 2630 KG (DOIS QUILOS SEISCENTOS E TRINTA GRAMAS) DE CLORIDRATO DE COCAÍNA (COCAÍNA), ACONDICIONADOS EM 1384 (UM MIL TREZENTOS E OITENTA E QUATRO) RECIPIENTES PLÁSTICOS ENVOLTOS EM "SACOLÉS", DEVE SER LEVADO EM CONSIDERAÇÃO PARA A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. PENA DE AMBOS OS RÉUS QUE DEVE SER MAJORADA NA 1ª FASE. RÉU FERNANDO. 1ª FASE. CONFORME FUNDAMENTAÇÃO JÁ EXPLANADA, ENTENDO RAZOÁVEL E PROPORCIONAL O AUMENTO DA PENA-BASE EM 1/6 EM RAZÃO DA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA, FIXANDO-A EM 05 (CINCO) ANOS E 10 (DEZ) MESES DE RECLUSÃO E 580 (QUINHENTOS E OITENTA) DIAS-MULTA. 2ª FASE. PENA INTERMEDIÁRIA QUE MERECE SER ALTERADA, VISTO QUE O RÉU FERNANDO É REINCIDENTE ESPECÍFICO, CONFORME FACILMENTE SE PERCEBE DA ANOTAÇÃO 01 DA SUA FAC ACOSTADA NA PASTA 117. ASSIM, AUMENTO A PENA INTERMEDIÁRIA EM 1/6, PERCENTUAL ESTE

CORRIQUEIRAMENTE ADOTADO POR ESTE COLEGIADO, FIXANDO A PENA FINAL DO RÉU FERNANDO EM 06 ANOS, 09 MESES E 20 DIAS DE RECLUSÃO E AO PAGAMENTO DE 676 DIAS-MULTA. INCABÍVEL A APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11343/06, CONSIDERANDO QUE SE TRATA DE RÉU REINCIDENTE. DA MESMA FORMA, COMO O RÉU REINCIDENTE, ENTENDO QUE O REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA DEVE SER O FECHADO. DE FATO, SALIENTO QUE OS POSICIONAMENTOS CONSTANTES DESTE VOTO REPRESENTAM A INTERPRETAÇÃO FEITA POR ESTE RELATOR QUANTO À MATÉRIA POSTA EM DISCUSSÃO, REVELANDO-SE NA FORMA DE SEU CONVENCIMENTO.

No presente *writ* (e-STJ, fls. 3/12), a impetrante sustenta haver constrangimento ilegal imposto ao paciente, ante o afastamento do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a despeito de apontar estarem presentes todos os requisitos para a concessão do benefício. Argumenta que *tratando-se de paciente primário que foi absolvido da prática do crime de associação para o tráfico, não há como se presumir que o mesmo se dedicaria às atividades criminosas na genérica suposição que a quantidade de drogas apreendida em local dominado por facção criminosa indicaria tal circunstância* (e-STJ, fl. 6).

Uma vez reduzida a pena aplicada, aduz que o paciente fará jus à substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

Diante disso, requer, liminarmente e no mérito, a incidência do redutor de pena, previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O pedido liminar foi indeferido, às e-STJ, fls. 65/69 e, por estarem os autos suficientemente instruídos, foi dispensado o envio de informações.

O Ministério público Federal, em parecer exarado às e-STJ, fls. 75/77, opinou pelo não conhecimento do *mandamus*.

É o relatório. **Decido.**

Preliminarmente, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

Conforme relatado, busca a impetrante, em síntese, o redimensionamento da sanção do paciente, ante a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e, por conseguinte, a substituição da reprimenda.

Preliminarmente, cabe observar que, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e **não se dedicarem a atividades criminosas** ou integrarem organização criminosa.

Sob essas diretrizes, ao sentenciar o paciente e rechaçar a aplicação da referida minorante, no que foi acompanhado pelo relator do voto condutor do acórdão, o Magistrado consignou que (e-STJ, fl. 30, grifei):

[...]

O policial Wander Joaquim, confirmando o que disse em sede inquisitorial, declinou que no dia, em patrulhamento com o escopo de coibir a prática de crimes, próximo ao Trevo, abordaram o Corsa em que estavam os acusados e ao serem indagados se tinham alguma coisa, saíram do veículo exclamando 'perdemos, perdemos', após o que, feita a vistoria, encontraram embaixo do banco do carona, a sacola com as drogas.

Confirmando esse testemunho, o militar Rômulo Fernandes disse que no dia, buscando prevenir o tráfico para o lado do Bairro Cidade Praiana, após a morte do traficante 'Tomas 22', avistaram o Corsa em que estavam os acusados em atitude suspeita, pois em alta velocidade, e resolveram abordá-lo e eles, ao desembarcarem, o fizeram dizendo 'perdemos, perdemos', e depois, feita vistoria, encontraram no carro o entorpecente.

A tese dos réus, de que teriam pego a sacola com as drogas, sem que tivessem ciência do que estava nela guardado, não se coaduna com a prova dos autos, afinal de contas, ambos os policiais sublinharam que eles, ao descerem do carro, após a abordagem, disseram 'perdemos, perdemos', ou seja, se comportaram como quem tinha plena consciência do seu conteúdo.

Fernando e Juvenil não têm direito à causa de diminuição do § 4º, art. 33 da Lei de Drogas. Há elementos que indicam pertencerem ao Comando Vermelho.

Ora, a quantidade de entorpecentes encontrada (1.384 recipientes plásticos!), aliada à circunstância de os invólucros anotarem a inscrição "PÓ CV CIDADE BEIRA MAR E FAVELINHA BAIRRO 13 CASINHA LOTEAMENTO TIGTRE", indicam que os dois integravam a Facção.

Como visto pela leitura do recorte acima, verifico que não foram atendidas as diretrizes previstas para o reconhecimento do tráfico privilegiado, uma vez que as instâncias de origem reconheceram expressamente que *há indícios de que ele integrava organização criminosa*, haja vista a apreensão de *1.384 recipientes plásticos contendo pó branco, inclusive com a indicação de valores R\$ 10,00; R\$ 15,00 e R\$ 35,00, sendo todos embalados com a inscrição da facção criminosa Comando Vermelho-CV, totalizando 2.630 gramas de cocaína* (e-STJ, fl. 30), tudo isso a indicar que ele não se tratava de traficante eventual, não fazendo, portanto, jus à aplicação da referida benesse.

Desconstituir tal assertiva, como pretendido, demandaria, necessariamente, a imersão vertical na moldura fática e probatória delineada nos autos, inviável na via estreita do *habeas corpus*.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, C/C O ART. 40, VI, AMBOS DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 6 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL SEMIABERTO. PLEITO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.

11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS, ANTE A PRESENÇA DE MAUS ANTECEDENTES. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. INVIABILIDADE. MONTANTE DA PENA QUE NÃO COMPORTA OS BENEFÍCIOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

– Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

[...]

– Dessa forma, apesar de a quantidade da droga apreendida não ter sido muito elevada, tendo havido fundamentação concreta, pelo Tribunal local, para não aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, pois não preenchidos os requisitos legais, concluo que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o paciente não se dedica às atividades criminosas, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do habeas corpus, de cognição sumária. Precedentes.

[...]

– Habeas corpus não conhecido. (HC n. 406.667/RS, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, Julgado em 3/10/2017, DJe 11/10/2017)

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ILEGALIDADE NA PRISÃO PROCESSUAL. FUNDAMENTO PREJUDICADO PELO ULTERIOR TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE DE SE APLICAR A MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06, EM RAZÃO DA CONCLUSÃO SOBERANA DAS INSTÂNCIAS

ORDINÁRIAS DE QUE O PACIENTE PRATICAVA AO MENOS EVENTUALMENTE A TRAFICÂNCIA. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. Transitada em julgado a condenação, resta prejudicada a alegação de constrangimento na prisão processual, por não mais se tratar de segregação provisória, mas definitiva.

2. São condições para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Tais requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente; à míngua de qualquer uma dessas condições não é legítimo reclamar a aplicação da minorante.

3. As instâncias ordinárias, soberanas na análise da matéria fática dos autos, reconheceram que o Paciente dedicava-se ao menos eventualmente à atividade criminosa de traficar drogas. Não há como tal conclusão ser reavaliada na via processual eleita, por se tratar de remédio constitucional de rito célere e cognição sumária.

4. Na hipótese, é de prevalecer o entendimento do Tribunal a quo mormente por se tratar de condenado que foi flagrado ao portar, na Cidade de Deus/RJ - localidade cujo comércio ilegal de drogas é monopolizado pela facção criminosa Comando Vermelho -, 31 sacos de plástico contendo cocaína, fechados por grampo metálico e identificados com os dizeres "CDD 13 PÓ DE 10 CVRL".

5. Ordem de habeas corpus parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada. (HC n. 270.931/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, Julgado em 15/10/2013, DJe 25/10/2013)

Mantida a sanção em patamar superior a 4 anos de reclusão, fica prejudicada a análise da substituição da pena privativa de liberdade, por medidas restritivas de direitos.

Nesse contexto, não identifico nenhuma ilegalidade a ser sanada na via estreita do remédio heroico.

Assim, a pretensão formulada pela impetrante encontra óbice na jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, sendo manifestamente

Superior Tribunal de Justiça

improcedente.

Ante o exposto, com fulcro no art. 34, XX, do RISTJ, **não conheço** do *habeas corpus*.

Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator