

HABEAS CORPUS Nº 538.389 - SC (2019/0302711-9)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
RONALDO FRANCISCO - SC036396
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : SERGIO SILVA GONCALVES JUNIOR
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de SERGIO SILVA GONCALVES JUNIOR contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA - Apelação Criminal n. 0003336-41.2016.8.24.0023.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

No julgamento da apelação, o Tribunal de origem deu provimento ao recurso ministerial a fim de condenar o réu também como incurso nas sanções do art. 329 do Código Penal, à pena de 2 meses de detenção, afastando, ainda a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, redimensionando sua reprimenda para 5 anos de reclusão.

Sustenta a impetrante, em breve síntese, 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 de drogas ou participação em organização criminosa, além de ser primário e possuidor de bons antecedentes, não podendo a existência de processo sem trânsito em julgado obstaculizar dito benefício.

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

A liminar foi indeferida às fls. 362-363.

As informações foram prestadas às fls. 366-408.

O MPF, à fl. 413, 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, verifica-se que o Tribunal *a quo* entendeu indevida a benesse, sob o seguinte fundamento

(e-STJ fl. 352):

*"Como é cediço, consoante o entendimento consolidado nesta Corte, a incidência do redutor de pena previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (de um sexto a dois terços), usualmente aplicado aos traficantes de primeira viagem ou de baixa periculosidade, depende da identificação de quatro requisitos cumulativos descritos no texto legal, quais sejam: a) primariedade; b) bons antecedentes; c) não dedicação às atividades criminosas; d) não integração à organização criminosa (ACr n. 0000147-65.2013.8.24.0086, rel. Des. Ernani G. de Almeida, j. 22.03.2016; ACr n. 0007674-32.2016.8.24.0064, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 20.09.2017; ACr n. 2015.044754-1, rel. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, j. em 08.09.2015). No caso em tela, percebe-se que, no dia dos fatos (10.02.2016 – fl. 05), **o acusado já estava sendo processado pelo crime de tráfico de drogas. Além do mais, consoante os autos do processo n. 0044923-77.2015.8.24.0023, o réu havia sido preso em flagrante e, após a concessão da liberdade provisória em 19.11.2015 (fl. 44 na origem), voltou a delinquir, sendo novamente preso em flagrante menos de três meses depois praticando o mesmo delito. Isso, à toda evidência, demonstra a dedicação às atividades criminosas e, conseqüentemente, afasta a concessão da benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.**"*

Cumpra registrar, inicialmente, que o §4º do artigo 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 a instância de origem, com esteio no conjunto probatório acostado aos autos, notadamente nas circunstâncias em que se deu o delito e as condições pessoais do paciente, 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 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.

Ademais, segundo entendimento perfilhado por esta Corte Superior, na hipótese em que o réu ostente condenação diversa, mesmo que inapta para a configuração da

reincidência ou dos maus antecedentes, poderá ser negada ao acusado a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, se evidenciar a dedicação do agente a atividades criminosas.

Com efeito, em julgado semelhante assentou-se no âmbito deste Tribunal que *"é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica à atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06"* (REsp 1431091/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 01/02/2017).

Na mesma linha:

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ACÓRDÃO A QUO QUE NEGOU A INCIDÊNCIA DO REDUTOR, POR ENTENDER QUE O ACUSADO SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVER TAL ENTENDIMENTO. NECESSIDADE DE REEXAME DOS FATOS. SÚMULA 7/STJ. DENÚNCIAS ANÔNIMAS. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS INFORMANDO QUE O RÉU EXERCE A ATIVIDADE DE TRAFICANTE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPETÊNCIA. JUÍZO DA EXECUÇÃO. 1. Apesar de o réu ser primário e possuir bons antecedentes, a jurisprudência aceita que a dedicação a atividades criminosas ou a integração a organizações criminosas sejam aferidas por outros meios, como por exemplo: a apreensão de substancial quantidade de droga atrelada a petrechos; a existência de inquéritos policiais e ações penais em andamento; ou, até mesmo, em razão de notícias anônimas e depoimentos de policiais em juízo informando que o réu é amplamente conhecido por exercer a atividade de traficante na região, como é o caso dos autos.

2. Ademais, modificar o entendimento do Tribunal de origem para reconhecer que o agravante não se dedica à prática de atividades criminosas e, com isso, preenche os requisitos para a aplicação da causa especial de pena, tal como postulado, demandaria o reexame de todo o conjunto fático-probatório dos autos.

3. Cabe ao Juiz da execução aferir acerca da assistência judiciária gratuita. Precedentes.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 1368267/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 02/04/2019)"

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N.

11.343/2006. AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA.

PROCESSOS EM CURSO. REGIME PRISIONAL. MODO SEMIABERTO PARA O RÉU JOÃO ELIAS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. READEQUAÇÃO DO REGIME DO RÉU LUCAS. REFORMATIO IN PEJUS. MANUTENÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 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 integrem organizações criminosas.

2. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula 444 do STJ), podem afastar a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitem concluir que o agente é habitual na prática delitiva.

3. Quanto ao réu João Elias, embora seja primário e a pena tenha sido fixada em patamar inferior a 4 anos, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva, em decorrência da valoração negativa da quantidade e qualidade das drogas apreendidas (140g de maconha, acondicionadas em 163 invólucros plásticos, 69g de crack, acondicionadas em 2 invólucros plásticos e 137,40g de cocaína, acondicionadas em 143 invólucros plásticos), na terceira fase da dosimetria, para a modulação do índice de redução do art.

33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. 4. Em relação ao recorrido LUCAS, provido o recurso especial da acusação e aplicada a pena final em 5 anos de reclusão, em razão do afastamento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deve ser mantido o regime semiaberto, sob pena de reformatio in pejus.

5. Agravo regimental parcialmente provido, apenas, para fixar ao réu LUCAS HENRIQUE ALVES DOS SANTOS o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva.

(AgRg no AREsp 1281319/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 19/03/2019)"

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

Publique-se. Intimem-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro JORGE MUSSI
Relator