

**HABEAS CORPUS Nº 523.176 - DF (2019/0215952-3)**

**RELATOR** : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**  
**IMPETRANTE** : **CLAUDIO CESAR VITORIO PORTELA**  
**ADVOGADO** : **CLAUDIO CESAR VITORIO PORTELA - DF029410**  
**IMPETRADO** : **TRIBUNAL DE JUSTICA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITORIOS**  
**PACIENTE** : **VICTOR GOMES SILVA (PRESO)**  
**INTERES.** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS**

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de VICTOR GOMES SILVA apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Depreende-se dos autos que o réu foi condenado a 7 anos de reclusão, no regime inicialmente fechado, mais 700 dias-multa, e teve negado o direito de recorrer em liberdade, pela prática do delito inscrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 204/246).

Segundo a acusação (e-STJ fls. 114/115):

*No dia 24 de abril de 2018, entre 21h00 e 23h00, na Quadra 104, Praça Tiziu, Águas Claras/DF, o denunciando ABRAÃO FÁBIO GALVÃO GOMES, consciente e voluntariamente, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, vendeu 2 (duas) porções da substância popularmente conhecida como maconha, pelo valor de R\$ 10,00 (dez reais) por porção, para os usuários Lucas Karam Toralles de Moraes e Willian George de Farias Seabra. No mesmo contexto, os denunciandos **VICTOR GOMES SILVA**, **DANIEL DE OLIVEIRA DIAS VAZ** e **DOUGLAS RIBEIRO DE SÁ**, consciente e voluntariamente, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, transportaram e venderam para o denunciando Abraão Fábio Gaivão Gomes, pelo valor de R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais), 3 (três) porções da mesma substância (maconha), prensadas na forma de tabletes, acondicionadas em uma sacola plástica de cor preta, perfazendo a massa bruta de 472,00g (quatrocentos e setenta e dois gramas). [...]*

*Nas mesmas condições de tempo e espaço, o denunciando **VICTOR GOMES SILVA** transportava/trazia consigo, para fins de difusão ilícita, 1 (uma) porção da substância popularmente conhecida como maconha, envolta por segmento de plástico filme transparente, perfazendo a massa bruta de 23,66g (vinte e três*

*gramas e sessenta e seis centigramas). Também no mesmo contexto, porém na Quadra 104, Lotes 9/11/12, Bloco B3, apartamento 803, Residencial Vileneuve, Águas Claras/DF, o denunciando ABRAÃO FÁBIO GALVÃO GOMES, consciente e voluntariamente, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, tinha em depósito, para fins de difusão ilícita, 1 (uma) porção da substância popularmente conhecida como maconha, envolta por segmento de plástico filme transparente, perfazendo a massa bruta de 25,69g (vinte e cinco gramas e sessenta e nove centigramas) e 3 (três) porções da mesma substância (maconha), prensadas na forma de tabletes, acondicionadas em uma sacola plástica de cor preta, perfazendo a massa bruta de 472,00g (quatrocentos e setenta e dois gramas). Após exame preliminar, as referidas porções apresentaram resultado positivo para tetrahidrocannabinol - THC, principal componente psicoativo da espécie Cannabis sativa L., substância capaz de causar dependência física e psíquica e de uso proibido em todo o território nacional, nos termos da Lei n. 11.343/06.*

Interposta apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso em acórdão assim ementado (e-STJ fls. 57/58):

*PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO. DECLASSIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE À CONDENAÇÃO NOS TERMOS DA DENÚNCIA. DOSIMETRIA. PERSONALIDADE. ATOS INFRACIONAIS GRAVES. CAUSA DE REDUÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. ÓBICE NO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. MULTA PROPORCIONAL. CUSTAS. LIBERDADE PROVISÓRIA.*

*A dinâmica delitiva, as circunstâncias que cercaram a prisão, as características do flagrante, o volume de droga apreendido, as filmagens realizadas, e as mensagens trocadas entre os réus colaboram para a certeza quanto ao dolo de tráfico.*

*Ainda: não há incompatibilidade entre o tráfico e o uso de substância entorpecente, condutas de natureza diversa que não se excluem mutuamente.*

*Os antecedentes infracionais podem indicar uma inclinação do acusado a práticas delitivas e devem ser levados em conta na avaliação da personalidade.*

*A existência de atos infracionais recentes e graves praticados pelos réus Abraão, Douglas e Victor, denotam dedicação às atividades criminosas, evidenciando seu enraizamento no submundo do crime, de modo a justificar a negativa da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, ante o não preenchimento dos requisitos legais.*

*Correta a determinação do regime prisional inicialmente fechado com esteio no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, especialmente*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*considerada a personalidade dos réus.*

*A substituição da pena corporal por restritivas de direitos encontra óbice nos termos do art. 44 do Código Penal.*

*Eventual isenção de custas - ônus da sucumbência, a teor do art. 804 do CPP - compõe matéria da competência do Juízo das Execuções Penais, observados os termos do art. 12 da Lei nº 1.060/1950.*

*Inviável o deferimento da tencionada liberdade provisória.*

*Conforme se infere dos autos, permanecem inalterados os fundamentos que ensejaram a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, notadamente a garantia da ordem pública, de forma que, tornando-se ainda mais hígidos, após a prolação da sentença condenatória, os motivos alinhados para a manutenção do réu no cárcere, nega-se provimento ao pedido.*

*Apelações não providas.*

Daí o presente *writ*, no qual aponta a defesa ilegalidade decorrente do cálculo dosimétrico.

Sustenta que a prática anterior de ato infracional pelo réu não constitui fundamento apto a justificar o afastamento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Assevera que, no caso, o paciente preenche todos os quesitos exigidos para a aplicação da benesse em seu grau máximo.

Ressalta, também, ser o caso de revogação da prisão preventiva, já que a gravidade abstrata do delito não é motivo para a decretação da custódia; e informa que o acusado é primário e portador de bons antecedentes, além de possuir residência fixa.

Dessa forma, requer, liminarmente, a expedição do alvará de soltura, substituindo-se a custódia por prisão domiciliar ou por medidas alternativas, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal, bem como a aplicação da minorante na proporção máxima. No mérito, postula a confirmação da liminar (e-STJ fls. 3/18).

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 250/251).

Informações prestadas (e-STJ fls. 255/381).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (e-STJ fls. 385/389).

É o relatório.

**Decido.**

Preliminarmente cumpre ressaltar que, na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

No caso em tela, a dosimetria foi fundamentada na sentença condenatória nos termos abaixo transcritos (e-STJ fls. 236, 240 e 243):

*4. Em relação ao sentenciado VICTOR GOMES SILVA:*

*Observa-se que: a) a culpabilidade do acusado vem demonstrada por meio por meio de índice regular de reprovabilidade; b) o motivo do delito é o desejo de lucro fácil oriundo da venda de drogas, o que já é punido pela própria tipicidade e previsão do delito, de acordo com a sua objetividade jurídica; c) a natureza e a quantidade da droga não ensejam maior reprovação; d) nota-se que o apenado atingiu a maioridade há pouco, tem apenas 21 anos, razão pela qual, necessário analisar também sua folha de passagens pela VIJ. Cumpre esclarecer que, em se tratando de pessoa que acabou de completar a maioridade, é possível e devido à análise de seu comportamento anterior para assim fazer correta individualização quanto à personalidade do agente. Esse também é o entendimento da nossa Suprema Corte, o qual, julgando Habeas Corpus contra decisão deste Juízo, entendeu possível tal análise [...]*

*Com efeito, analisando a folha de passagens do apenado pela VIJ (fls. 56/58), verifica-se que registra anotações por atos infracionais recentes e graves, inclusive por tráfico de drogas, e ainda um roubo, portanto, pessoa de personalidade desajustada e voltada a prática criminosa.*

*Sendo assim, após a detida análise de suas circunstâncias judiciais, fixo a pena base em 7 (sete) anos de reclusão.*

*Ainda atento aos mesmos critérios adotados para a fixação da pena-base, e levando em conta à situação econômica do réu, fixo, provisoriamente, o pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, os quais deverão ser calculados à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, devidamente corrigido para cada dia-multa.*

*Diante do comando do art. 68 do Código Penal, verifico que inexistem agravantes ou atenuantes.*

*Na terceira fase não há causas de aumento ou de diminuição de pena a serem consideradas.*

***Ressalto que o sentenciado não faz jus ao benefício previsto no § 4º***

*do art. 33 da LAD, uma vez que desde a menoridade vem insistentemente descumprindo nosso ordenamento jurídico, contando inclusive com envolvimento em atos infracionais de elevada gravidade, dentre eles tráfico de drogas, denotando sua imersão na atividade criminosa [...]*

*Desse modo, diante da imersão de VICTOR na atividade criminosa, não faz jus ao privilégio previsto no § 4º do art. 33 da LAD.*

*Assim, estabilizo a pena corporal em 7 (SETE) ANOS DE RECLUSÃO, E 700 (SETECENTOS) DIAS-MULTA, os quais deverão ser calculados à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, devidamente corrigido para cada dia-multa. (Grifei.)*

Já o Tribunal de origem assim se manifestou quanto ao tema (e-STJ fls.

83 e 86/87):

*Dosimetria de Victor Gomes Silva.*

*Na primeira fase do cálculo foi fixada a pena base pouco acima do patamar mínimo legal, em 07 (sete) anos de reclusão e em 700 (setecentos) dias multa, no valor unitário mínimo, com fundamento na personalidade - salientada na sentença a pouca idade do réu em confronto com o número de passagens pela VIJ (fls. 56/58) - "registra anotações por atos infracionais recentes e graves, inclusive por tráfico de drogas, e ainda um roubo, portanto, pessoa de personalidade desajustada e voltada a prática criminosa"(fl. 515 verso) [...]*

*Na segunda fase, ausentes atenuantes ou agravantes.*

*Na terceira fase, ausentes causas de diminuição ou de aumento de pena, foi definitivamente fixada a sanção em 07 (sete) anos de reclusão e em 700 (setecentos) dias multa, no valor unitário mínimo. A quantidade de dias multa comparece proporcional ao montante da pena de reclusão.*

*Neste ponto, esclareço que para a incidência do benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 é necessário o preenchimento dos requisitos legais previstos no dispositivo, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação às atividades criminosas e não integração à organização criminosa. A existência de atos infracionais praticados pelo réu Victor Gomes, dentre eles o tráfico de drogas, denotam dedicação às atividades criminosas, evidenciando seu enraizamento no submundo do crime, de modo a justificar a negativa da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, ante o não preenchimento dos requisitos legais. (Grifei.)*

Delineada a situação fática, passo à análise das teses aviadas.

**Aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006**

De acordo com o aludido art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja, **cumulativamente**, primário e portador de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Sob esse prisma, não vislumbro o alegado constrangimento ilegal, pois **as instâncias ordinárias, em respeito aos critérios estabelecidos pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, excluíram a possibilidade de aplicação do pretendido redutor, levando em conta as passagens anteriores do paciente pela Vara da Infância e Juventude por atos infracionais equiparados, inclusive, ao tráfico de drogas, o que demonstra a sua dedicação a atividades criminosas.**

Por outro lado, a desconstituição dos fundamentos adotados pelas instâncias ordinárias demandaria ampla incursão no acervo fático-probatório dos autos, tarefa para a qual não se presta o *habeas corpus*. Nesse sentido:

*AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*

*1. Não há falar em bis in idem, porque a Corte estadual, na terceira fase da dosimetria, sopesou não apenas a natureza e a quantidade de entorpecentes apreendidos, mas também outras circunstâncias relativas ao acusado para concluir que ele se dedicaria a práticas criminosas, especialmente ao narcotráfico.*

*2. Além disso, esta Corte Superior de Justiça tem reiteradamente decidido, por ambas as Turmas, que a existência de registros por atos infracionais é elemento hábil a evidenciar a dedicação do agente a atividades delituosas e, por conseguinte, a impedir a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.*

*3. Agravo regimental não provido (AgRg no HC 505.248/SP, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2019, DJe 27/06/2019).*

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE FATOS. PATAMAR DE ELEVAÇÃO. ANALOGIA À*

*SÚMULA 443 DO STJ. READEQUAÇÃO À FRAÇÃO MÍNIMA. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. MODO INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA EM PARTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

*2. 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 organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).*

*3. Assentado pela instância antecedente que o paciente se dedica a atividade delitiva, uma vez que possui medidas socioeducativas em fase de execução, inclusive pela prática de atos infracionais análogos ao tráfico de entorpecentes, a modificação desse entendimento - para fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.*

*4. O registro de atos infracionais é elemento idôneo para se afastar a figura do tráfico privilegiado, quando evidenciar a propensão do agente a práticas criminosas. Precedentes.*

[...]

*11. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a fração das majorantes para 1/6, ficando a reprimenda em 5 anos e 10 meses de reclusão, bem como para fixar o regime inicial semiaberto (HC 529.996/SP, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 25/11/2019, grifei).*

No que tange ao pleito de revogação da prisão preventiva, nota-se que referido pedido encontra-se prejudicado ante a prolação da sentença condenatória e ratificação da decisão pelo Tribunal *a quo*, em que foi fixado o regime inicialmente fechado para cumprimento da sanção imposta ao acusado, pela prática dos crimes descritos na denúncia, o que torna sem objeto o requerimento contido neste *writ*.

Ante todo o exposto, **denego a ordem de habeas corpus.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de abril de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO  
Relator