

HABEAS CORPUS Nº 556.567 - SP (2020/0002985-2)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : ADALBERTO DE JESUS COSTA
ADVOGADO : ADALBERTO DE JESUS COSTA - SP063234
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : ALEX RODRIGUES DA COSTA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **ALEX RODRIGUES DA COSTA** contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que deu parcial provimento ao apelo defensivo para estabelecer a pena do paciente em 5 anos, 8 meses e 1 dia de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, mais pagamento de 567 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Nesta Corte, o impetrante sustenta manifesto constrangimento ilegal, diante da não aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Afirma que uma vez preenchidos os requisitos legais, deve ser reconhecido o tráfico privilegiado. Destaca que o referido benefício foi afastado com base em juízo de presunção.

Requer, assim, a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, bem como abrandamento do regime prisional.

O pedido de liminar foi indeferido.

O MPF manifestou-se pela não conhecimento da ordem.

É o relatório.

Decido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem, de ofício.

Quanto à incidência da minorante do tráfico privilegiado, o Tribunal *a quo* a manteve afastada com base nos seguintes fundamentos:

"Não há que ser reconhecida, no presente caso, a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Isso porque tal dispositivo prevê a redução de 1/6 a 2/3 na pena, para o agente que for primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa.

As duas últimas condições não estão preenchidas no caso dos autos uma vez que o auxílio, ainda que na condição de auxiliar de uma "mula", integrou organização criminosa com o objetivo de efetivar o crime de tráfico de drogas que estava em curso quando da sua prisão em flagrante, mesmo considerando que sua participação estaria adstrita ao transporte da substância entorpecente. Ademais há fortes indícios de que sua contribuição para a logística de distribuição do

narcotráfico internacional não se deu de forma ocasional, mas vinha ocorrendo de maneira contumaz, de modo a evidenciar que ele se dedica a atividades criminosas.

Nesse sentido, cabe destacar novamente, no caso específico deste réu, as diversas viagens internacionais já realizada por ele sobre as quais faltaram esclarecimentos convincentes e sobraram fundadas suspeitas dada a incompatibilidade entre seus ganhos como ajudantes geral, as suas dificuldades financeiras (que segundo o próprio acusado, o levaram até mesmo a perder sua moto e ficar com seu "nome sujo") e o fato dessas viagens terem sido para conhecidos destinos do tráfico internacional de drogas (sendo que em uma delas o próprio réu relatou ter sido barrado pelas autoridades locais porque elas, por algum motivo, suspeitaram de sua pessoa). Ou seja, tudo indica que, muito provavelmente, ALEX RODRIGUES DA COSTA já teve envolvimento anteriores com o delito mencionado, reforçando ainda mais o não cabimento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas - mas esclarece-se que, conforme exposição anterior e posterior, esse motivo não foi determinante para a inaplicabilidade do dispositivo, nem influenciará negativamente na dosimetria pena do réu."

A teor 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.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico. (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

In casu, a instância ordinária afastou a incidência da minorante, por entender que o auxílio prestado pelo paciente ao transporte internacional de 2.693g cocaína indicaria o seu envolvimento habitual com o narcotráfico, sobretudo porque ele registrava diversas viagens internacionais a destinos reconhecidamente como ponto de distribuição de drogas, e ele não teria capacidade econômica para o custeio delas.

Desse modo, assentado pelas instâncias antecedentes, soberanas na análise dos fatos, que o paciente se dedica a atividade delitiva, a modificação desse entendimento – a fim de 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*.

A propósito:

"[...]

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a)

o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; d) não integre organização criminosa.

2. No caso, revela-se inviável a aplicação da aludida causa especial de diminuição, tendo em vista que as instâncias de origem concluíram, fundamentadamente, com esteio nas provas acostadas aos autos, notadamente nas circunstâncias em que se deu o flagrante, na confissão parcial do corréu, e na quantidade de entorpecentes apreendida, que se dedica a atividades criminosas. Precedentes.

[...]

2. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 384.936/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/3/2017, DJe 5/4/2017);

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INTERROGATÓRIO. INÍCIO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. PROCEDIMENTO ESPECIAL DA LEI N. 11.343/2006. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. PENA-BASE. REDUÇÃO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PROVIDÊNCIAS INÓCUAS. SÚMULA N. 231/STJ. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE OS PACIENTES DEDICAVAM-SE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

[...]

3. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que os pacientes dedicavam-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

[...]

Habeas corpus denegado."

(HC 385.941/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/4/2017, DJe 8/5/2017).

Por fim, o pedido de alteração do regime prisional não merece acolhimento.

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias

judiciais do art. 59 do Código Penal.

In casu, embora o paciente seja primário e a pena reclusiva tenha sido fixada em patamar inferior a 8 anos de reclusão, o regime fechado mostra-se adequado para o início do cumprimento das sanções impostas, diante da aferição desfavorável de circunstância judicial (grande quantidade de entorpecente), nos termos dos art. 33 do CP c.c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Confirmam-se:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉUS QUE SE DEDICAM À ATIVIDADE CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

[...]

4. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar as regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.

5. Estabelecida a pena definitiva dos pacientes em patamar inferior a 8 anos de reclusão, o regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o cabível à espécie, tendo em vista a valoração desfavorável das circunstâncias judiciais (quantidade e natureza da droga), que justificou o aumento da pena-base acima do mínimo legal, nos exatos termos do art. 33, § 2º, 'a', e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

[...]

7. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 390.987/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017);

"PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DO V. ACÓRDÃO POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONDENAÇÕES AINDA SEM TRÂNSITO EM JULGADO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO PARA NEGATIVA DA REDUTORA. REGIME INICIAL FECHADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. REQUISITOS DO ART 44 DO CÓDIGO PENAL NÃO ATENDIDOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

III - Conquanto se saiba que o col. Supremo Tribunal Federal, por

Superior Tribunal de Justiça

ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 17/12/2013), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, *in casu*, verifica-se que as circunstâncias judiciais do art. 59 são desfavoráveis aos ora pacientes, o que impede a fixação inicial do regime semiaberto para início de resgate da reprimenda.

[...]

Habeas corpus não conhecido."

(HC 385.942/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/6/2017, DJe 30/6/2017).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 02 de abril de 2020.

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator