



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nº 23.090/CS

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 130.739 – MATO GROSSO DO SUL

RECORRENTE: ALDINEY ARAUJO BEZERRA DE SOUZA
PROCURADOR: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RELATOR: MINISTRO EDSON FACHIN

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. PLEITO DE REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA, SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL E FIXAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. MÉRITO. IMPROCEDÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA FUNDAMENTADA. INCIDÊNCIA DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE QUE SE DEDIVA À ATIVIDADES ILÍCITAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS E FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS OBJETIVOS. PARECER PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por **Aldiney Araújo Bezerra de Souza** contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que rejeitou os Embargos de Declaração no AgRg no Habeas Corpus nº 211.288/MS.
2. O recorrente foi condenado em primeira instância à pena de 9 anos de reclusão e 1.400 dias-multa, sendo 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, pela prática do delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, e 4 anos de reclusão e pagamento de 900 dias-multa, pela prática do crime tipificado no artigo 35, também da Lei 11.343/2006.

3. Interposta apelação pela defesa, o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul deu parcial provimento ao recurso para absolver o recorrente do crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei 11.343/06), redimensionando a reprimenda para 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa. A condenação transitou em julgado.

4. Posteriormente, a defesa ajuizou revisão criminal perante o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, buscando a revisão da dosimetria da pena imposta ao recorrente, com a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º da Lei 11.343/06, no patamar de ½. Todavia, o pleito foi indeferido.

5. Contra essa decisão, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, insistindo no redimensionando da reprimenda imposta nas instâncias ordinárias, com a aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, §4º da Lei 11.343/06, diminuindo-se ½ da pena. Subsidiariamente requereu o cumprimento da pena em regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

6. Por meio de decisão monocrática, negou-se seguimento à impetração, ensejando a interposição de agravo regimental pela defesa. A Sexta Turma do STJ negou provimento ao recurso, em acórdão assim ementado:

“AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. FATOS CRIMINAIS PENDENTES DE DEFINITIVIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFASTAMENTO. LEGALIDADE.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Fatos criminais pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem embasar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado quando permitem concluir que o agente se dedica a atividades criminosas.

3. Agravo regimental improvido.”

7. Opostos embargos de declaração, foram rejeitados. Daí a interposição do presente recurso ordinário em *habeas corpus*. Em suas razões recursais, renova o pleito de incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06. Assevera que o paciente possui todos os requisitos exigidos pela concessão da benesse e que foi exarada fundamentação inidônea para negar-lhe direito a causa de redução da pena, já que inquéritos policiais em curso não podem ser utilizados para afastar a causa de diminuição de pena pretendida.

8. Subsidiariamente, requer a fixação de regime aberto para o início de cumprimento da reprimenda e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

9. Registre-se, primeiramente, que a questão posta pela recorrente não é passível de ser decidida em sede de *habeas corpus* e, conseqüentemente, em recurso ordinário em *habeas corpus*, por demandar o exame valorativo da prova. Já decidiu essa Corte que “*o habeas corpus não é prestante para revisar os elementos de prova invocados pelas instâncias de mérito a refutar a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006*”¹.

10. No mérito, melhor sorte não assiste ao recorrente.

11. Dispõe o art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006, que as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços quando o réu for primário, ostentar bons

¹ RHC 94806/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJE 67, publicado em 16/4/2010.

antecedentes e não integrar organização criminosa.

12. Há nos autos elementos no sentido de que o recorrente dedicava-se com habitualidade à atividades criminosas, sendo esse fundamento suficiente para justificar a negativa da benesse do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

13. O paciente foi preso em flagrante com 416g de drogas (crack, maconha e pasta-base), um revólver calibre 22, marca Rossi, e possui vida pregressa relacionada à criminalidade. A esse respeito, cristalino o posicionamento do acórdão proferido pelo Tribunal Estadual, quando do indeferimento da revisão criminal, *in verbis*:

“Ocorre que, restou demonstrado claramente que o sentenciado se dedica à atividade criminosa, uma vez que está sendo investigado pela prática de outro crime de tráfico de drogas e ainda pela perpetração dos crimes de quadrilha e lesão corporal.

Assim, vislumbra-se completamente incabível a pretensão de ver aplicada a causa de diminuição do art. 33, parágrafo §4º, da Lei 11.343/2006 – 'tráfico privilegiado' – haja vista que se dedica à atividade criminosa.

Ora, como é sabido, para a consideração do benefício encartado no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006, é imprescindível que estejam presentes, cumulativamente, todos os requisitos previstos no dispositivo.”

14. Desse modo, as instâncias ordinárias, soberanas no reexame fático-probatório, concluíram que o paciente dedicava-se habitualmente à atividades criminosas, desautorizando a incidência da minorante prevista no art. 33, §4º da Lei 11.343/06². A revisão desse entendimento é inviável de ser realizada na via estreita do *writ*, por exigir dilação probatória. Nesse mesmo sentido:

'Habeas Corpus. Tráfico transnacional de drogas. Aplicação da causa

²§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Impossibilidade. Não preenchimento dos requisitos cumulativos. Participação da paciente em organização criminosa devidamente reconhecida pelas instâncias inferiores. Necessidade de reexame fático e probatório. Inviabilidade. Ordem denegada. Para a concessão do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, é necessário que o agente, cumulativamente, seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. No caso em análise, o reconhecimento de que a paciente integra organização criminosa, considerando-se os concretos elementos probatórios coligidos nos autos, é circunstância suficiente a obstar a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. A discussão sobre o acerto ou desacerto das decisões proferidas pelas instâncias inferiores exige a realização de minucioso reexame do lastro fático-probatório dos autos de origem, o que, como se sabe, é incompatível com a restrita via processual do habeas corpus, que não admite dilação probatória. Precedentes. Ordem denegada.” (HC 101265, Relator Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA, DJ de 06-08-2012)

15. Quanto à impossibilidade de utilização dos inquéritos para se concluir que o paciente dedicava-se à atividades ilícitas, a tese é improcedente. A existência de investigações criminais em curso obstatam o reconhecimento da reincidência, mas não podem ser desconsideradas para analisar se o paciente faz do crime o seu meio de vida ou se a traficância foi um episódio ocasional. Nesse mesmo sentido:

Penal e constitucional. Habeas corpus. Tráfico de entorpecentes (art. 33 da Lei n. 11.343/2006). Causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Afastamento: paciente dedicado a atividades criminosas. Extensa ficha criminal revelando inquéritos e ações penais em andamento. Ausência de ofensa ao princípio da presunção de inocência. dosimetria da pena, substituição por restritiva de direitos e regime aberto: Questões não examinadas pelo Tribunal a quo. Não conhecimento.

1. O § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 dispõe que “Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”.

2. In casu, a minorante especial a que se refere o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 foi corretamente afastada ante a comprovação,

por certidão cartorária, de que o paciente está indiciado em vários inquéritos e responde a diversas ações penais, entendimento que se coaduna com a jurisprudência desta Corte: RHC 94.802, 1ª Turma, Rel. Min. MENEZES DE DIREITO, DJe de 20/03/2009; e HC 109.168, 1ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 14/02/2012, entre outros. 3. Os temas atinentes à dosimetria da pena, à substituição por restritiva de direitos e ao regime aberto não foram examinados no Tribunal a quo, por isso são insuscetíveis de conhecimento, sob pena de supressão de instância.

4. Habeas corpus conhecido em parte e denegada a ordem nessa extensão. (HC 108135, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 27-06-2012)

16. A dosimetria da pena, portanto, está devidamente fundamentada, não sendo possível constatar de plano ilegalidade que autorize a sua revisão.

17. Uma vez afastada a possibilidade de redução de pena, fica prejudicado o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e fixação do regime aberto, já que falta ao recorrente o preenchimento do requisito objetivo.

18. Ante o exposto, manifesta-se o Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso.

Brasília, 15 de outubro de 2015

CLÁUDIA SAMPAIO MARQUES
Subprocuradora-Geral da República