

15/09/2017

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 144.341 CEARÁ

RELATORA : MIN. ROSA WEBER
AGTE.(S) : DEIJAIR DE SOUZA SILVA
ADV.(A/S) : PALOMA GURGEL DE OLIVEIRA CERQUEIRA
AGDO.(A/S) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. AFASTAMENTO DA MINORANTE DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006.

1. Contra a denegação de *habeas corpus* por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo *habeas corpus* em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional.

2. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Pertinente à dosimetria da pena, encontra-se a aplicação da causa de diminuição da pena objeto do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

3. A tese defensiva de aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, afastada pelas instâncias anteriores dada a constatação de o paciente integrar organização criminosa e/ou dedicar-se à atividades delitivas, demandaria o reexame e a valoração de fatos e provas, para o que não se presta a via eleita.

4. Agravo regimental conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em conhecer do agravo regimental e negar-lhe

HC 144341 AGR / CE

provimento, nos termos do voto da Relatora e por maioria de votos, em sessão virtual da Primeira Turma de 08 a 14 de setembro de 2017, na conformidade da ata do julgamento. Vencido o Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 15 de setembro de 2017.

Ministra Rosa Weber
Relatora

15/09/2017

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 144.341 CEARÁ

RELATORA : MIN. ROSA WEBER
AGTE.(S) : DEIJAIR DE SOUZA SILVA
ADV.(A/S) : PALOMA GURGEL DE OLIVEIRA CERQUEIRA
AGDO.(A/S) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora): Trata-se de agravo regimental da decisão em que neguei seguimento a *habeas corpus*, impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça exarado nos autos do HC 388.097/CE.

No presente agravo regimental, a Defesa insiste no redimensionamento da pena pertinente ao delito de tráfico de drogas. Requer o provimento do agravo regimental a fim de que seja concedida a ordem de *habeas corpus*.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques, opina pelo não provimento do agravo.

É o relatório.

15/09/2017

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 144.341 CEARÁ

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber - (Relatora): Ao analisar o pedido inicial, neguei seguimento ao *habeas corpus* em decisão monocrática assim exarada:

“(...)”

Extraio do ato dito coator:

“HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. (I) DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDA BÁSICA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AFIRMAÇÕES CONCRETAS RELATIVAS ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. (II) CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS AFASTADAS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE DIMINUIÇÃO PROPORCIONAL DA REPRIMENDA BÁSICA. ILEGALIDADE. (III) CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADES CRIMINOSAS.

1. 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.

2. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, suficiente a motivar a exasperação da pena-base a natureza e quantidade da substância entorpecente apreendida em poder do sentenciado – 101,7kg (cento e um quilos e setecentos gramas) de cocaína.

3. Na sentença, além da quantidade e qualidade dos estupefacientes encontrados, foi considerada desfavorável a circunstância judicial referente aos antecedentes. Entretanto, na análise do *habeas corpus* impetrado pela defesa, a Corte de origem afastou a mencionada circunstância judicial, mantendo apenas a

HC 144341 AGR / CE

consideração negativa referente à quantidade e qualidade dos materiais tóxicos apreendidos. Nesse contexto, imperiosa seria a redução proporcional da reprimenda básica. Não obstante, o colegiado manteve o mesmo patamar de aumento estabelecido pelo magistrado sentenciante, situação de manifesto constrangimento ilegal. Precedentes.

4. Nos termos do disposto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de um sexto a dois terços da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. A razão de ser do chamado tráfico privilegiado consiste em punir com menor rigor o "traficante de primeira viagem", vale dizer, aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida. Precedentes.

5. A existência de inquéritos policiais ou de ações penais em andamento não possui o condão de exasperar a reprimenda-base, consoante o enunciado na Súmula n. 444 deste Superior Tribunal. Contudo, esta Corte firmou entendimento de que a existência de outros processos criminais contra o acusado, ainda que sem condenação transitada em julgado, sobretudo da mesma espécie de delito, afasta a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Precedentes.

6. Ordem parcialmente concedida para redimensionar a pena-base relativa do crime de tráfico de entorpecentes e estabelecer a sanção definitiva em 8 (oito) anos e 3 (três) meses de reclusão, mais o pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa, além da pena pecuniária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), mantido, no mais, o acórdão estadual".

Contra o ato apontado como coator, prevê a Constituição da República remédio jurídico expresso, o recurso ordinário (art. 102, II, a). Diante da dicção constitucional não cabe a utilização de novo habeas corpus, em caráter substitutivo (HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, DJe 11.9.2012 e HC 104.045/RJ, de minha relatoria, DJe 06.9.2012).

Ademais, não detecto constrangimento ilegal ou teratologia hábil à concessão da ordem de ofício.

HC 144341 AGR / CE

(...).

Ressalto que as instâncias anteriores, na análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 42 da Lei 11.343/06 c/c o art. 59 do Código Penal, apontou vetores para fixar a pena-base acima do mínimo legal, quais sejam, a natureza e a quantidade da droga apreendida – 101,7 kg de cocaína..

Por outro lado, no que diz respeito à aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, a Corte Estadual e o Superior Tribunal de Justiça sopesaram diretrizes diversas das já utilizadas para o aumento da pena na primeira fase, a evidenciar que não houve dupla ponderação acerca da quantidade e da qualidade da droga apreendida.

Desse modo, a dosimetria da pena foi realizada em conformidade com o entendimento sufragado por este Supremo Tribunal Federal, não caracterizado o alegado bis in idem.

Quanto à tese defensiva pertinente à minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, afastada pelas instâncias anteriores, “porquanto apresentados elementos concretos e suficientes a demonstrar a sua dedicação à atividades criminosas”, demandaria o reexame e a valoração de fatos e provas, para o que não se presta a via eleita. Nessa linha, esta Suprema Corte já assentou que “a discussão sobre a existência ou não de vínculo do paciente com atividades criminosas, exige o exame aprofundado de fatos e provas, o que, em sede de habeas corpus, não se mostra possível, por tratar-se de instrumento destinado à proteção de direito demonstrável de plano, que não admite dilação probatória” (RHC nº 103.556/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 25.5.2011).

De todo modo, a Corte Estadual e o Superior Tribunal de Justiça, ao afastarem a referida minorante, asseveraram que “o paciente responde a outras três ações penais por fatos anteriores àquele pelo qual restou condenado na ação de origem, havendo, assim, indicativos concretos de que exhibe comportamento voltado à prática de atividades criminosas, malferindo o escopo colimado na benesse legal e afastando a possibilidade de sua aplicação na hipótese”.

Nesse diapasão, “Se as circunstâncias concretas do delito ou outros elementos probatórios revelam a dedicação do paciente a

HC 144341 AGR / CE

atividades criminosas, não tem lugar o redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006” (HC 123.042/MG, de minha relatoria, 1ª Turma, DJe 31.10.2014); “Não configura constrangimento ilegal a decisão de Tribunal local que, para o fim de avaliação de incidência da causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, Lei 11.343/06, reconhece que o acusado, embora sem condenação criminal, dedica-se a atividades delituosas” (RHC 130.739-AgR/DF, Rel. Min. Edson Fachin, 1ª Turma, DJe 19.12.2016); e “A existência de registro criminal pode configurar o envolvimento em atividades criminosas, para os fins do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06” (HC 115.743/PR, Rel. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, 1ª Turma, DJe 09.6.2017).

Quanto ao alegado reforço argumentativo, nada colhe a impetração. Inexiste alteração substancial do título condenatório em relação aos motivos esposados pelo magistrado de primeiro grau. Na hipótese, aponta a Corte Estadual que “em nada infirma a constatação de que não restaram preenchidos os requisitos legais para aplicação da minorante em tablado, não lhe aproveitando, igualmente, a alegação de que o Juízo impetrado não se manifestou a esse respeito, uma vez que o Judicante referiu em mais de uma ocasião na sentença condenatória (fls. 33, 37 e 38), inclusive quando da análise das circunstâncias judiciais, que o réu Deijair de Souza Silva respondia judicialmente por outros crimes, tendo concretizado como definitivo o quantum fixado para a pena-base ‘face a ausência de causas de diminuição ou aumento’ de pena”.

Aliás, sobre o tema, “Embora não se possa admitir, em sede de habeas corpus, que a instância superior incremente novos fundamentos objetivando suprir eventual vício de fundamentação da decisão originária, o reforço argumentativo realizado pelo STJ, no caso, não trouxe nenhuma alteração substancial ao decreto originário de prisão preventiva que, isoladamente, encontra-se devidamente alicerçado em elementos concretos aptos a manter a custódia cautelar do acusado” (HC 107.830/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª Turma, DJe 04.4.2013).

Nesse contexto, não detecto manifesta ilegalidade, teratologia ou abuso de direito no ato dito coator.

*Ante o exposto, **nego seguimento** ao presente habeas corpus*

HC 144341 AGR / CE

(art. 21, §1º, do RISTF)."

O Agravante se limita a repisar os argumentos da exordial do *habeas corpus*, a atrair a regra do art. 317, § 1º, do RISTF (*"A petição conterà, sob pena de rejeição liminar, as razões do pedido de reforma da decisão agravada"*), o que impede por si só o provimento do recurso. Precedentes: AI-AgR 699.776/RS, Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe 19.9.2008 e o HC-AgR 97.742/PI, Min. Joaquim Barbosa, DJe 5.2.2010.

Como se observa, neguei seguimento ao *habeas corpus* forte na inadequação da via eleita e na inexistência de flagrante ilegalidade na dosimetria da pena a justificar eventual concessão da ordem de ofício.

Contra a denegação de *habeas corpus* por Tribunal Superior prevê a Constituição da República remédio jurídico expresso, o recurso ordinário (art. 102, II, *a*). Diante da dicção constitucional não cabe a utilização de novo *habeas corpus*, em caráter substitutivo (HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, DJe 11.9.2012; HC 108.390/MS, de minha relatoria, 1ª Turma, DJe 07.11.2012).

Repiso que a dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Pertinente à dosimetria da pena, encontra-se a aplicação da causa de diminuição da pena objeto do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Cabe às instâncias anteriores decidir sobre a aplicação ou não do benefício e, se aplicável, a fração pertinente, não se mostrando hábil o *habeas corpus* para revisão, salvo se presente manifesta ilegalidade ou arbitrariedade.

O paciente foi condenado à pena de 09 (nove) anos e 09 (nove) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos crimes de tráfico de drogas e de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, tipificados no art. 33 da Lei 11.343/2006 e no art. 14 da Lei 10.826/2003. Em relação ao delito de tráfico de drogas, o Juízo de primeiro grau fixou a pena-base em 7 (sete) anos de reclusão, tornando-a definitiva dada a inexistência de causas de diminuição ou aumento. Confira-se:

HC 144341 AGR / CE

“(...).

Assim sendo, julgo parcialmente a imputação inserida na denúncia e, por conseguinte, condeno como condenados tenho os delatados ... e Deijair de Souza Silva nos autos como incurso nas ... do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. Condeno ainda os réus ... e o delatado Deijair de Souza Silva por crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido previsto no artigo 14 da Lei nº 10.826/2003, razão pela qual passo a dosar as respectivas penas a serem aplicadas, em estrita observância ao disposto no artigo 68, caput, Código Penal.

Considerando as diretrizes do artigo 59 do Código Penal c/c artigo 42 da Lei nº 11.343/2006. que os réus agiram com a culpabilidade normal à espécie, nada tendo a se valorar, são tecnicamente primários, sendo que ... e Deijair de Souza Silva registram antecedentes criminais, ... e o segundo por roubo, tráfico de drogas e porte ilegal de arma; quanto a personalidade e conduta social pelos elementos de provas trazidos aos autos não é possível aferi-los; a motivação do crime é absolutamente identificável como o desiderato ou desejo de lucro fácil, o que já é punido pelo próprio tipo penal, sendo que as circunstâncias judiciais lhe são amplamente desfavoráveis, em virtude não só da elevada quantidade de droga apreendida, mais de 100 Kg (cem quilogramas); as consequências do crime são desconhecidas, tendo em vista que não se chegou a confirmação do exato tempo em que ele comercializava drogas ilícitas, daí porque não há falar-se em comportamento de vítimas; finalmente, inexistem dados para aferir a situação sócio-econômica do réu.

(...).

Em relação ao delatado Deijair de Souza Silva quanto ao crime de tráfico de drogas, fixo-lhe a pena em 07 (sete) anos de reclusão e 800 (oitocentos) dias-multa no valor unitário de 1/30º do salário mínimo ao tempo do crime, penas que torno concretas e definitivas face a ausência de causas de diminuição ou aumento.

Quanto ao crime de porte ilegal de arma de fogo, fixo-lhe a pena-base na mínima legal de 03 (três) anos de reclusão, pena que reduzo de 03 (três) meses em virtude do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, resultando a pena concreta e definitiva em 02 (dois) anos e 09 (nove) meses, além da pena pecuniária de R\$ 5.000,00

HC 144341 AGR / CE

(cinco mil reais).

O somatório das penas de reclusão totalizam 09 (nove) anos e 09 (nove) meses, pena que deverá ser cumprida inicialmente no regime fechado nos termos do artigo 33, § 2º, letra 'a', do CP.

Posteriormente, o Tribunal de Justiça manteve a pena de 07 (sete) anos em relação ao crime de tráfico de drogas, afastada a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Colho excertos do voto condutor do acórdão:

"(...).

Ab initio, cumpre ressaltar que a presente irresignação cinge-se a aspectos da dosimetria da pena imposta ao réu/paciente na sentença impugnada, e, embora tenha ele também interposto recurso de apelação criminal em face daquele decisum (processo nº 0045239-31.2013.8.06.0001), proceder-se-á ao exame das matérias arguidas neste habeas corpus, em estrita observância à decisão do colendo Superior Tribunal de Justiça proferida no HC nº 362.451-CE.

(...).

Acerca dos antecedentes do paciente, a despeito de não constar dos autos a respectiva certidão de antecedentes criminais, o Juízo impetrado refere que o sentenciado registra antecedentes pelos crimes de roubo, tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo, constando do sistema de consulta processual informatizado deste Sodalício que, afora a ação penal de origem, o paciente Deijair de Souza Silva figura como réu nas seguintes ações: processo nº 0005123-67.2006.8.06.0117 – acusação da prática do crime de homicídio qualificado, em trâmite perante o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Maracanaú; processo nº 0002454-07.2007.8.06.0117 – acusação da prática do crime de roubo, em trâmite perante o Juízo da 3ª Vara Criminal da comarca de Maracanaú; e processo nº 0000297-27.2008.8.06.0117 – acusação da prática do crime de tráfico de drogas, em trâmite perante o Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Maracanaú.

Não se verifica com relação às referidas ações penais, em desfavor do paciente, condenação com trânsito em julgado anterior à prolação da sentença ora impugnada, não sendo possível utilizá-las,

HC 144341 AGR / CE

portanto, para reputar desfavoráveis os antecedentes criminais do réu, nos termos da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça (“é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”).

Todavia, merece relevo a ponderação do Judicante com relação às circunstâncias da prática do crime: tráfico de 101,7 kg (...) de cocaína.

Preconiza o art. 42 da Lei nº 11.343/2006, que: “O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.”

Malgrado a referência indevida às ações penais que tramitam atualmente contra o réu/paciente, considerado não apenas a significativa quantidade de droga apreendida, mas também sua natureza deletéria, com intensa capacidade para provocar dependência química, não diviso, nos estritos termos do dispositivo supra, que seja desproporcional ou demasiada a elevação da pena-base em 2 (dois) anos acima do mínimo legal, operada pelo Juízo monocrático, estando, pois, justificado o quantum fixado para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

Importante destacar, outrossim, que o arbitramento da pena-base configura ato de discricionariedade juridicamente vinculada do julgador, devendo ser adotada a quantidade de pena suficiente para que sejam atingidas as finalidades de prevenção e repressão do crime, tendo-se em conta as circunstâncias concretamente verificadas, com preponderância para a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do réu.

Desse modo, há nos autos substrato fático-jurídico bastante para legitimar a pena de 7 (sete) anos de reclusão, imposta ao réu/paciente por infração ao art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, não havendo falar em ausência de fundamentação idônea para a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

No que concerne à alegação de que o paciente faz jus ao benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, não havendo pronunciamento do Juízo impetrado a esse respeito na sentença condenatória, melhor sorte não assiste à impetrante, porquanto absolutamente inviável a aplicação da minorante ao acusado, em

HC 144341 AGR / CE

virtude de não estarem atendidos todos os requisitos exigidos no dispositivo sob comento.

Deveras, conforme já assinalado alhures, o paciente responde a outras três ações penais por fatos anteriores àquele pelo qual restou condenado na ação de origem, havendo, assim, indicativos concretos de que exhibe comportamento voltado à prática de atividades criminosas, malferindo o escopo colimado na benesse legal e afastando a possibilidade de sua aplicação na hipótese.

Ressalte-se que, diferente do que ocorre quanto à majoração da pena-base, a avaliação acerca da dedicação do sentenciado à atividade criminosa prescinde da existência contra si de sentença penal condenatória transitado em julgado, podendo ser verificada por meio de outros elementos de convicção idôneos, tais como o fato de o acusado responder a outras ações criminais, restando, em vista disso, obstada a incidência da causa de diminuição constante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

(...).

Destaque-se, ainda, que a absolvição do paciente quanto à imputação do crime de associação para o tráfico – art. 35 da Lei nº 11.343/2006 – por inexistir, segundo o Juiz do feito, ‘provas de que o trio agiu reiteradamente nessa atividade delitiva’, em nada infirma a constatação de que não restaram preenchidos os requisitos legais para aplicação da minorante em tablado, não lhe aproveitando, igualmente, a alegação de que o Juízo impetrado não se manifestou a esse respeito, uma vez que o Judicante referiu em mais de uma ocasião na sentença condenatória (fls. 33, 37 e 38), inclusive quando da análise das circunstâncias judiciais, que o réu Dejair de Souza Silva respondia judicialmente por outros crimes, tendo concretizado como definitivo o quantum fixado para a pena-base ‘face a ausência de causas de diminuição ou aumento’ de pena.

Destarte, não prospera a arguição de que o paciente faz juz à minorante no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.”

O Superior Tribunal de Justiça concedeu em parte a ordem no HC 388.097/CE, para fixar a pena de 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão para o delito de tráfico de drogas. Confira-se:

HC 144341 AGR / CE

(...).

Na análise do remédio constitucional impetrado pela defesa, a Corte de origem afastou a consideração desfavorável dos antecedentes, nos moldes do enunciado 444 da Súmula desta Casa, mantendo somente a consideração negativa relativa à quantidade e qualidade dos materiais tóxicos apreendidos.

Sendo assim, afastada pelo colegiado local uma circunstância judicial negativa reconhecida no édito condenatório, imperiosa seria a redução proporcional da reprimenda básica. Não obstante, vimos, o Tribunal de Justiça manteve o mesmo patamar de aumento estabelecido pelo magistrado sentenciante, situação de manifesto e evidente constrangimento ilegal.

(...).

Nessa toada, considerando a quantidade e a natureza dos estupefacientes apreendidos, aumento a pena-base do crime de tráfico de entorpecentes em $\frac{1}{4}$ (um quarto), alcançando 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão, mais o pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa.

(...).

Passo, pois, a análise do pedido de aplicação da causa especial de diminuição de pena descrita no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Nos termos do disposto no aludido dispositivo legal, o agente poderá ser beneficiado com a redução de um sexto a dois terços da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa. Evidente, portanto, que o benefício descrito no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tem como destinatário o pequeno traficante, ou seja, aquele que inicia sua vida no comércio ilícito de entorpecentes, muitas das vezes até para viabilizar seu próprio consumo, e não para os que, comprovadamente, fazem do crime seu meio habitual de vida.

(...).

Nesse palmilhar, entendo que o benefício em análise não foi pensado para situações com a retratada neste processo, em que o paciente possui outras três ações penais em andamento por fatos anteriores ...

HC 144341 AGR / CE

Com efeito, diferente da circunstância judicial relativa aos maus antecedentes, a causa especial de redução da pena em desfile não impõe gravame à situação pessoal do sentenciado, devendo, por esse motivo, ser interpretada de modo restritivo e teleológico, observando-se, inclusive, os pilares apresentados na exposição de motivos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Sendo assim, ainda que ausente o trânsito em julgado dos processos anteriores do paciente, parece-me inviável a incidência do benefício legal, porquanto apresentados elementos concretos e suficientes a demonstrar a sua dedicação à atividades criminosas.”

As instâncias anteriores, na análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 42 da Lei 11.343/06 c/c o art. 59 do Código Penal, apontou vetores para fixar a pena-base acima do mínimo legal, quais sejam, a natureza e a quantidade da droga apreendida – 101,7 kg de cocaína.

Por outro lado, no que diz respeito à aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, foram sopesadas diretrizes diversas das já utilizadas para o aumento da pena na primeira fase, a evidenciar que não houve dupla ponderação acerca da quantidade e da qualidade da droga apreendida.

Quanto à tese defensiva pertinente à minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, afastada pelas instâncias anteriores, “porquanto apresentados elementos concretos e suficientes a demonstrar a sua dedicação à atividades criminosas”, demandaria o reexame e a valoração de fatos e provas, para o que não se presta a via eleita. Nessa linha, esta Suprema Corte já assentou que “a discussão sobre a existência ou não de vínculo do paciente com atividades criminosas, exige o exame aprofundado de fatos e provas, o que, em sede de habeas corpus, não se mostra possível, por tratar-se de instrumento destinado à proteção de direito demonstrável de plano, que não admite dilação probatória” (RHC nº 103.556/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 25.5.2011).

Reitero que a minorante foi afastada ante o fato de que “o paciente responde a outras três ações penais por fatos anteriores àquele pelo qual restou condenado na ação de origem, havendo, assim, indicativos concretos de que exhibe comportamento voltado à prática de atividades criminosas, malferindo o escopo

HC 144341 AGR / CE

colimado na benesse legal e afastando a possibilidade de sua aplicação na hipótese”.

Nesse diapasão, *“Se as circunstâncias concretas do delito ou outros elementos probatórios revelam a dedicação do paciente a atividades criminosas, não tem lugar o redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006”* (HC 123.042/MG, de minha relatoria, 1ª Turma, DJe 31.10.2014); *“Não configura constrangimento ilegal a decisão de Tribunal local que, para o fim de avaliação de incidência da causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, Lei 11.343/06, reconhece que o acusado, embora sem condenação criminal, dedica-se a atividades delituosas”* (RHC 130.739-AgR/DF, Rel. Min. Edson Fachin, 1ª Turma, DJe 19.12.2016); e *“A existência de registro criminal pode configurar o envolvimento em atividades criminosas, para os fins do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06”* (HC 115.743/PR, Rel. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, 1ª Turma, DJe 09.6.2017).

Inexiste o alegado reforço argumentativo, pois não houve alteração substancial do título condenatório em relação aos motivos esposados pelo magistrado de primeiro grau. Na hipótese, aponta a Corte Estadual que *“em nada infirma a constatação de que não restaram preenchidos os requisitos legais para aplicação da minorante em tablado, não lhe aproveitando, igualmente, a alegação de que o Juízo impetrado não se manifestou a esse respeito, uma vez que o Judicante referiu em mais de uma ocasião na sentença condenatória (fls. 33, 37 e 38), inclusive quando da análise das circunstâncias judiciais, que o réu Deijair de Souza Silva respondia judicialmente por outros crimes, tendo concretizado como definitivo o quantum fixado para a pena-base ‘face a ausência de causas de diminuição ou aumento’ de pena”.*

Aliás, sobre o tema, *“Embora não se possa admitir, em sede de habeas corpus, que a instância superior incremente novos fundamentos objetivando suprir eventual vício de fundamentação da decisão originária, o reforço argumentativo realizado pelo STJ, no caso, não trouxe nenhuma alteração substancial ao decreto originário de prisão preventiva que, isoladamente, encontra-se devidamente alicerçado em elementos concretos aptos a manter a custódia cautelar do acusado”* (HC 107.830/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª Turma, DJe 04.4.2013).

HC 144341 AGR / CE

Anoto, por fim, na linha do parecer ministerial, “*como bem salientou a decisão agravada, não há situação de constrangimento ilegal manifesto, apto a ensejar a concessão da ordem de ofício*”.

Nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 144.341 CEARÁ

RELATORA : **MIN. ROSA WEBER**
AGTE.(S) : **DEIJAIR DE SOUZA SILVA**
ADV.(A/S) : **PALOMA GURGEL DE OLIVEIRA CERQUEIRA**
AGDO.(A/S) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O *habeas corpus* é ação constitucional voltada a preservar a liberdade de ir e vir do cidadão. O processo que o veicule, devidamente aparelhado, deve ser submetido ao julgamento de Colegiado. Descabe observar quer o disposto no artigo 21 do Regimento Interno, no que revela a possibilidade de o relator negar seguimento a pedido manifestamente improcedente, quer o artigo 932 do Código de Processo Civil. Provejo o agravo para que o *habeas corpus* tenha sequência.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 144.341

PROCED. : CEARÁ

RELATORA : MIN. ROSA WEBER

AGTE.(S) : DEIJAIR DE SOUZA SILVA

ADV.(A/S) : PALOMA GURGEL DE OLIVEIRA CERQUEIRA (9654/RN)

AGDO.(A/S) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por maioria, conheceu do agravo regimental e negou-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora, vencido o Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, Sessão Virtual de 8 a 14.9.2017.

Composição: Ministros Marco Aurélio (Presidente), Luiz Fux, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

Disponibilizou processos para esta Sessão o Ministro Edson Fachin, não tendo participado do julgamento desses feitos o Ministro Alexandre de Moraes por sucedê-lo na Primeira Turma.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma