

HABEAS CORPUS Nº 493.142 - RS (2019/0040742-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : BIBIANA ASCARI DO ESPIRITO SANTO BENTO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : LUCAS BARBOSA DA COSTA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LUCAS BARBOSA DA COSTA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Embargos Infringentes n. 70078941218).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime aberto, bem como ao pagamento de 250 dias-multa. A pena privativa de liberdade foi substituída por restritiva de direitos (e-STJ fls. 50/65).

Interposta apelação, o Tribunal local negou provimento ao recurso defensivo e deu parcial provimento ao reclamo ministerial, para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, redimensionando a pena para 5 anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa. Segue a ementa do acórdão (e-STJ fls. 83/99):

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. APELO DEFENSIVO E APELO MINISTERIAL MATERIALIDADE. AUTORIA. CARACTERIZAÇÃO. PALAVRA DOS POLICIAIS. PROVA VÁLIDA. INIDONEIDADE NÃO DEMONSTRADA.

Comprovado a materialidade e a autoria do delito de tráfico de drogas, inviável a absolvição pretendida. Para afastar-se a presumida idoneidade dos policiais (ou ao menos suscitar dúvida), é preciso que se constatem importantes divergências em seus relatos, ou que esteja demonstrada alguma desavença com a ré, sério o bastante para torná-los suspeitos, pois seria Incoerente presumir que referidos agentes, cuja função é justamente manter a ordem e o bem-estar social, teriam algum

interesse em prejudicar inocentes, O tráfico de drogas é tipo múltiplo de conteúdo variado, havendo diversos verbos nucleares que o caracterizam; portanto, o flagrante do ato da venda é dispensável para sua configuração, quando restar evidente que a destinação dos entorpecentes é a comercialização - como no caso restou comprovado. PENA. MINORANTE. AFASTAMENTO. PROVIMENTO DO APELO MINISTERIAL A privilegiadora do tráfico de drogas é uma benesse e, portanto, exceção à regra; destarte, não deve ser objetiva e indiscriminadamente aplicada, mas reservada a casos excepcionais em que a pena mínima do tráfico (que, por si só, é um crime grave e usualmente mercede a mais severa repressão) se mostre desproporcional. Faz-se, então, necessária a análise do caso concreto para garantir que a minorante seja reservada não apenas a réus primários, mas a traficantes realmente eventuais, que não fazem do tráfico sua "profissão"*. Caso concreto em que o acusado não demonstrou exercer qualquer atividade lícita e responde a outra ação penal por tráfico de drogas e porte ilegal de arma, além do presente feito, circunstância que indica o envolvimento do réu em atividade criminosa. Inviável, pois, falar-se em tráfico eventual e ausência de dedicação à atividade ilícita.

AFASTAMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO. Inviabilidade de substituição, em razão do Quantum da pena, nos termos do art. 44. I, do CP. **REGIME INICIAL FECHADO. PEDIDO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ACOLHIMENTO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA»** A Lei de Drogas prevê expressamente, no seu art, 42, 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". Assim, a natureza e a quantidade de drogas, considerado seu caráter preponderante sobre o art. 59 do CP. expressamente previsto, devem ser sopesadas na fixação do regime inicial de cumprimento da pena. ajustando-se, de tal maneira, à previsão contida no § 3º do art. 33 do CP. Alteração do regime fixado em sentença para o fechado. **APELAÇÃO DA DEFESA DESPROVIDA E APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDA. UNÂNIME.**

Foram, ainda, interpostos embargos infringentes, que acabaram rejeitados (e-STJ fls. 104/107):

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. VOTO MINORITÁRIO QUE ADMITIU O

PRIVILÉGIO. IMPOSSIBILIDADE DE PREVALÊNCIA.

É inadmissível aproveitar-se a minorante para alguém com o histórico criminal do embargante. Embargos infringentes rejeitados. Unânime.

No presente *writ* (e-STJ fls. 3/8), a impetrante alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, tendo em vista a não aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Sustenta que o paciente preenche os requisitos legais necessários para a aplicação da benesse, tendo em vista que é primário, ostenta bons antecedentes, não se dedica às atividades criminosas e não integra organização criminosa. Argumenta que, o fato de o acusado estar respondendo a outra ação penal, não pode ser utilizado como fundamento para afastar a redutora, porquanto viola o princípio constitucional de presunção de inocência.

Afirma, ainda, que, não obstante a pena ter sido fixada em patamar inferior a 8 anos e o paciente ser primário, o regime mais gravoso foi fixado indevidamente. Assim, o regime mais brando dever ser fixado, bem como substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Dessa forma, requer, na liminar e no mérito, a redução da pena aplicada, pela incidência do redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a fixação de regime inicial mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

É o relatório. **Decido.**

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

Na espécie, verifico presente constrangimento ilegal apto a justificar o parcial deferimento da medida de urgência.

Como é cediço, em se tratando de tráfico de entorpecentes,

desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistente a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal.

No caso, examinando os autos, verifica-se que, após fixada a pena-base no mínimo legal, a pena definitiva resultou em 5 anos de reclusão, e multa. Entretanto, não obstante o *quantum* da condenação, a primariedade do réu e as circunstâncias judiciais favoráveis, tanto que a pena-base foi estipulada no mínimo legal, o Tribunal *a quo* fixou o regime inicial fechado com base nos seguintes fundamentos (e-STJ fls. 94/95):

Quanto ao regime, com razão o órgão acusador para que seja fixado o fechado,

O art. 33 do CP, após traçar parâmetros objetivos em seu § 2º, determina o seguinte, no texto de seu § 3º:

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

A Lei de Drogas, a seu turno, prevê expressamente, no seu art. 42, 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".

Assim, no meu entendimento, a natureza e a quantidade de drogas, considerado seu caráter preponderante sobre o art. 59 do CP, expressamente previsto, invariavelmente devem ser sopesadas na fixação do regime inicial de cumprimento da pena, ajustando-se, tal entendimento, à previsão contida no § 3º do art. 33 do CP.

No caso concreto, foi apreendida representativa quantidade de crack com o réu (8 gramas de crack"), além de maconha (9,3 gramas), o que não comporta, no meu entendimento, fixação de regime mais brando que o fechado,

Isso porque o crack figura dentre as drogas que mais atingem o bem jurídico tutelado pela norma penal (saúde pública), sendo notória sua lesividade, de tal modo que o regime inicial fechado é o único que se mostra adequado para conferir à presente condenação o caráter preventivo e punitivo dela esperado.

Nesse sentido, aliás, é o posicionamento recente do STF, verbis:

[...]

Dessa forma, extrai-se que o regime prisional mais gravoso foi estabelecido com base na quantidade e natureza das drogas apreendidas.

Entretanto, verifica-se que foram apreendidos 8 g de *crack* e 9,3 g de maconha (e-STJ fl. 94), quantidade de entorpecente que não apresenta elevada gravidade concreta, a ponto de justificar a fixação de regime inicial fechado.

Portanto, na espécie, tendo em vista a quantidade da pena imposta, a primariedade e as circunstâncias judiciais favoráveis, bem como a ausência de indicação da eventual gravidade concreta da conduta, deve ser conferido ao paciente o regime semiaberto, a teor do disposto nos arts. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do Código Penal.

Lado outro, entendo que o juízo sumário, próprio dessa fase processual, não é sede adequada para a apreciação das demais insurgências, sendo suficiente, para fazer cessar o constrangimento ilegal ora verificado, a adequação provisória do regime prisional.

Ante o exposto, **defiro a liminar, em parte**, para assegurar ao paciente o direito de aguardar, no regime semiaberto, o julgamento do presente *habeas corpus*, salvo se por outro motivo estiver preso ou cumprindo pena em regime mais gravoso.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal impetrado e ao Juízo de primeiro grau, solicitando-lhes informações.

Oportunamente, dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 13 de fevereiro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator

