

HABEAS CORPUS Nº 483.060 - RJ (2018/0328204-5)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : JULIO SERGIO DE CARVALHO FERREIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE. QUANTIDADE DE DROGA. ACRÉSCIMO INDEVIDO, NO CASO. READEQUAÇÃO DA PENA-BASE E ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. *HABEAS CORPUS* DENEGADO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor JÚLIO SÉRGIO DE CARVALHO FERREIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no julgamento da Apelação n.º 0003563-09.2017.8.19.0064.

Consta nos autos que o Paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, às penas de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa (fls. 28-39).

Irresignados, a Defesa e o Ministério Público recorreram ao Tribunal estadual, que negou provimento à apelação defensiva e deu provimento à apelação acusatória para impor o regime inicial fechado ao Paciente (fls. 63-69).

Nas razões deste *writ*, sustenta-se que deve ser aplicada em favor do Paciente a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, uma vez que se trata de réu com bons antecedentes e estão presentes os demais requisitos legais.

Alega, ainda, que a quantidade de pena imposta admite o regime inicial semiaberto e que, após aplicada a minorante do tráfico privilegiado, será possível a concessão do regime inicial aberto e a substituição da pena reclusiva por restritivas de

direitos.

Pleiteia-se, liminarmente, que seja permitido ao Paciente aguardar o julgamento deste *writ* em regime semiaberto. No mérito, postula a aplicação da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, com a consequente readequação da pena.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 72-73).

Dispensadas as informações, o Ministério Público Federal, às fls. 78-83, opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus*; se conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório.

Decido.

Quanto à aplicação da minorante, o pleito não merece prosperar.

Nos termos do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, fará jus à aplicação da causa especial de diminuição prevista no mencionado dispositivo o acusado primário, portador de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

Compulsando os autos, verifico que a sentença e o acórdão impugnado trouxeram fundamentação que afasta a aplicação da minorante, ao concluírem sobre a **dedicação do Paciente à atividade criminosa**, o que justifica a não incidência da causa especial de diminuição de pena.

Ilustrativamente, reproduzo o seguinte excerto do acórdão, *litteris* (fl. 69; sem grifos no original):

*"A **dedicação à atividade criminosa**, especialmente afeta ao tráfico de drogas, o que se extrai do laudo de exame em informática de exame dos aparelhos celulares apreendidos de ambos os acusados e da certidão esclarecedora de FAC em relação ao acusado JULIO CESAR, revela que as condutas dos acusados não se revelaram meramente episódicas de forma a atrair o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da lei nº 11.343/2006."*

Ademais, para se desconstituir o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias sobre a dedicação do Paciente à atividade criminosa e, por conseguinte, concluir pelo preenchimento dos requisitos previstos no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, seria necessário proceder ao revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se mostra cabível na via do *habeas corpus*.

A propósito, cito os seguintes precedentes:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. ARGUMENTOS GENÉRICOS E PRÓPRIOS DO TIPO PENAL. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E NÃO EXCEDENTE A 8 ANOS. MODO INTERMEDIÁRIO ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA, EM PARTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. 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.

6. Concluído pelo Tribunal de origem que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, fundado em elementos colhidos nos autos e diante do registro anterior da prática de ato infracional análogo ao tráfico de entorpecentes, a alteração 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.

7. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o registro de atos infracionais é elemento idôneo para afastar a figura do tráfico privilegiado, quando evidenciar a propensão do agente a práticas criminosas. Precedentes.

8. Aplicada a sanção corporal em patamar superior a 4 anos de reclusão, é inviável o estabelecimento do regime aberto, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos exatos termos dos arts. 33, § 2º, 'b', e 44, I, ambos do Código Penal.

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente para 5 anos e 3 meses de reclusão e pagamento de 525 dias-multa, mantido o regime semiaberto." (HC 450.238/MA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 17/09/2018; sem grifos no original.)

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MOMENTO DO INTERROGATÓRIO. ÚLTIMO ATO DA INSTRUÇÃO. NOVO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO PRETÓRIO EXCELSO NO BOJO DO HC 127.900/AM. MODULAÇÃO DE EFEITOS. PUBLICAÇÃO DA ATA DE JULGAMENTO. ACUSADO INTERROGADO NO INÍCIO DA INSTRUÇÃO. SENTENÇA PRETÉRITA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE

DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM, RATIFICADA A LIMINAR DEFERIDA.

[...]

2. Concluído pelas instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente dedicava-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.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

[...]

6. Habeas corpus parcialmente concedido, ratificada a liminar deferida, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento das pena imposta ao paciente." (HC 448.522/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018; sem grifos no original.)

Por outro lado, há ilegalidade flagrante na fixação da pena-base do Paciente a ser corrigida de ofício.

No caso, a pena-base do Paciente foi fixada pelo Juízo sentenciante nos seguintes termos (fls. 36-38; sem grifos no original):

"IV.2) Quanto ao réu JÚLIO SÉRGIO

2.a) Das circunstâncias judiciais

Culpabilidade é o grau de censura que se impõe à conduta do réu. No caso em tela, essa reprovabilidade não extrapola a estrutura normal do delito.

Quanto aos antecedentes, da análise da FAC e da CAC do réu verifica-se que possui bons antecedentes, razão pela qual tal circunstância lhe é favorável.

Conduta social é o comportamento do agente no seio familiar, social e profissional. Neste ponto, não foram produzidas informações que fossem desfavoráveis ao réu.

Personalidade do agente é o conjunto de características psicológicas do réu. Não havendo nos autos qualquer singularidade que implique na exasperação, deixo de valorá-la.

Os motivos do crime são o porquê de sua prática, as razões subjetivas, de foro íntimo que desencadearam a ação criminosa. No caso, não havendo nos autos qualquer singularidade que implique na exasperação, deixo de valorá-la.

As circunstâncias do crime relacionam-se ao modus operandi empregado pelo agente, não tendo sido narrado qualquer conduta que implique em maior reprovação, não havendo razão que permita a exasperação da pena base.

As consequências do crime dizem respeito ao alarde social do fato. Vale aqui ressaltar que o artigo 42 da Lei 11.343/06 determina que o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância, para além da personalidade e da conduta social do agente. Considerando a dupla natureza das drogas apreendidas e um dos tipos de entorpecente apreendido, qual seja: a cocaína, de devastador poder de destruição não só da saúde dos usuários, mas também das famílias e da saúde pública como um todo, vejo a necessidade de valorar tal circunstância negativamente.

O comportamento da vítima relaciona-se a sua provocação ou negligência. No caso, sendo o sujeito passivo do delito em comento a coletividade, deixo de valorar a referida circunstância.

Desse modo, considerando haver uma circunstância desfavorável de grande desvalor, parto da pena base e a exaspero em 10 (dez) meses, fixando a pena em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa.

2.b) Das Circunstâncias Legais

Não há circunstâncias agravantes ou circunstâncias atenuantes.

Dessa feita, mantenho a pena intermediária em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa.

2.c) Das Causas de Aumento e de Diminuição de Pena

Não há causa de aumento de pena.

No que tange à incidência da causa de diminuição de pena, prevista no artigo 33, § 4.º, da Lei 11.343/06, necessário tecer alguns comentários acerca dos requisitos subjetivos para a sua concessão, em especial a não dedicação à atividade criminosa.

Nesta seara, entendo que as provas trazidas aos autos através do laudo pericial evidenciam claramente o exercício da atividade criminosa.

Portanto, mantenho a pena definitiva em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa."

2.d) Do Regime de Pena - Fixo o regime semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao réu, na forma do artigo 33 § 20 , "b" do Código Penal, em razão do quantum de pena aplicada.

2.e) Da Pena de Multa A pena de multa será a referida na pena definitiva, totalizando 580 dias-multa, ao valor de 1130 (um trinta avos) do maior salário mínimo vigente ao tempo do fato, nos termos do artigo 49, §1º do CP."

Como se vê, as instâncias ordinárias consideraram negativa a circunstância judicial referente à quantidade e qualidade dos entorpecentes apreendidos. No entanto,

embora não seja irrelevante (24,28g de maconha e 23,3g de cocaína), esta Corte, em situações semelhantes, tem afastado a majoração da pena-base.

Exemplificadamente:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULA 440 DO STJ E SÚMULAS 718 E 719 DO STF. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. QUANTIDADE DA DROGA NÃO EXPRESSIVA. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

3. Nos termos da Súmula 440 desta Corte, 'fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito'. Aplicação, também, dos verbetes n. 718 e 719 do STF.

*4. No caso, estabelecida a pena definitiva em 1 anos e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, **sobretudo quando considerada a não expressiva quantidade da droga apreendida (13,5g de maconha e 30,3g de cocaína)**, dada a sua natureza, a teor do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.*

5. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser estabelecida pelo Juízo da execução.

Desse modo, uma vez afastada a valoração negativa dos maus antecedentes, e levando-se em conta a quantidade da droga apreendida,

a pena-base deve ser readequada ao patamar mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão e o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, a qual se torna definitiva, em virtude da ausência de agravantes e atenuantes, causas de diminuição e aumento de pena. (HC 360.056/SP, Rel. Ministra RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2016, DJe 23/08/2016; sem grifos no original.)

Fixadas essas premissas, passo ao redimensionamento da pena.

Na primeira fase, conforme o exposto acima, ausentes circunstâncias judiciais negativas, fixo a pena-base no mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda etapa, a pena intermediária permanece nesse mesmo patamar.

Na terceira e última fase, ausentes causas de aumento ou diminuição, torno definitivas as penas 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Tendo em vista o *quantum* da reprimenda, a primariedade do Paciente e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, é adequado o regime inicial semiaberto para o cumprimento de pena (art. 33, § 2.º e 3.º, do Código Penal).

Ante o exposto, DENEGO a ordem de *habeas corpus*, todavia, CONCEDO-A DE OFÍCIO a fim de readequar as reprimendas ao patamar de 5 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 500 (quinhentos) dias-multa, à fração mínima unitária.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 11 de fevereiro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora