HABEAS CORPUS Nº 451.861 - RS (2018/0125799-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS	:	RAFAEL RAPHAELLI - RS032676 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	:	LUIS ALEXANDRE DA CRUZ

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio e com pedido de liminar impetrado em favor de **LUIZ ALEXANDRE DA CRUZ**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Neste *writ*, a defesa sustenta existência de constrangimento ilegal consubstanciado na redução da pena pelo reconhecimento de maior fração do tráfico privilegiado, bem como no regime inicial de cumprimento da pena (mais gravoso).

Alega ausência de fundamentos idôneos e violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para que seja cassado o acórdão, restabelecendo à pena fixada na sentença de primeiro grau.

Liminar indeferida (e-STJ, fl. 335).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão da ordem de ofício. (e-STJ, fls. 340-342).

É o relatório.

Decido.

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal pacificaram o entendimento 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.

Sobre os temas, consta no acórdão combatido:

> "[...]
> Pois bem. Embora admitido o "pioneirismo" do embargante, não é possível desconsiderar o fato de haver sido flagrado em poder de 370 gramas de maconha, tratando-se de expressiva quantidade de entorpecente, além de apetrechos relativos à narcotraficância, duas balanças de precisão e um rolo de filme plástico.
> [...]
> Assim, imperiosa a manutenção da opção pela fração de 1/6.
> [...]
> **Em suma, a adoção da fração de um sexto se revelou apropriada ao caso, motivo pelo qual foi realinhado, por maioria, o apenamento do réu para 04 anos e 02 meses de reclusão, a ser cumprido em regime fechado, além do pagamento de 420 dias-multa, inviabilizada a substituição da pena privativa de**

> **liberdade por restritiva de direitos, face ao óbice contido no artigo 44, I, do CP, atendido o comando de lei e contexto dos autos, como esmiuçado no voto majoritário.**
> **Destaco que o regime de cumprimento de pena deve ser balizado pelo artigo 33, § 3º, do CP, com preponderância do artigo 42 da Lei de Drogas, na forma do disposto no voto vencedor:**
> **"Isso porque dispunha o acusado de significativa quantidade de droga o que negativa a circunstância de que trata o art. 42 da Lei n. 11.343/32006 e, por conseguinte, dado o quantum do apenamento, autoriza a observância do regime fechado, nos termos da regra contida no art. 33, § 3º, do Código Penal.**
> [...]
> **Tocante ao afastamento do caráter hediondo do delito em razão de haver sido aplicada a redutora (art. 33, § 4º da Lei n° 11.343/06), não se mostra viável.**
> **Isto porque quando do julgamento do Agravo n° 70072328024, em sessão realizada no dia 23 FEV 2017, na 2ª Câmara Criminal, se decidiu, por maioria, que a caracterização do dito "tráfico privilegiado" não afasta a natureza hedionda do delito.**
> [...]
> Assim, mantenho o caráter hediondo do delito de tráfico de drogas, ainda que reconhecida a redutora prevista no artigo 33, § 4° da Lei n° 11.343/06, pois quem dá tal caráter ao narcotráfico não é a Lei nº 8.072/90, mas sim o artigo 59-XLIII, da Constituição Federal. Aderindo a tais argumentos, rejeito os embargos infringentes.
> É o voto." (e-STJ, fls. 316-319).

Nos termos do disposto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, para que incida a causa especial de diminuição de pena aos condenados pelo delito de tráfico de drogas, é necessário que o agente seja reconhecidamente primário, ostente bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

Tem-se decidido também que a quantidade de droga e as demais circunstâncias do art. 59 do CP devem servir de parâmetro para a definição do *quantum* de redução – de um sexto até dois terços – e para se constatar à dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes ou de sua participação em organização criminosa, a fim de obstar a incidência do referido benefício legal (AgRg no AREsp 628.686/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 2/3/2015).

Na hipótese dos autos, **com arrimo no conteúdo fático** dos autos, a corte de origem considerou a expressiva quantidade do entorpecente apreendido (370 gramas de maconha), além de apetrechos encontrados relativos à narcotraficância, (duas balanças de precisão, rolo de filme plástico), para a fixação do patamar em 1/6 (um sexto).

Assim, a alteração desse índice, por se tratar de questão afeta à atividade discricionária do julgador, fica condicionada aos casos de flagrante desproporcionalidade, o que não foi verificado.

A esse respeito, confiram-se os seguintes precedentes:

> "[...]
> 1. Tanto a Quinta quanto a Sexta Turma deste Superior Tribunal firmaram o entendimento de que, considerando que o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.

11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, especialmente o disposto no art. 42 da Lei de Drogas (AgRg no HC 272.773/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 21/06/2016).
[...]
3. Agravo regimental improvido."
(AgRg no REsp 1.286.248/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 21/11/2016).

"[...]
No presente caso, não há ilegalidade alguma, porquanto o julgador considerou a quantidade e natureza da droga apenas na terceira fase, o que se mostrou razoável e adequado, e o reexame quanto à fixação da fração em 1/6 encontra o óbice da Súmula 7/STJ."
(AgRg no AREsp 747.869/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 5/10/2015).

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. FIXAÇÃO EM 1/2. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA APREENDIDA QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO UTILIZADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM O BENEFÍCIO.
1. "Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do artigo 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal e, com preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente" (AgRg no REsp 1386946/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 16/2/2016, DJe 23/2/2016).
2. O acórdão recorrido consignou que o acusado faz jus ao redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em seu percentual máximo (2/3). Porém, levando em consideração a quantidade e a variedade das drogas apreendidas, quais sejam - 533,4g de cocaína e 0,8g de maconha -, viável reduzir a pena acima do patamar mínimo de 1/6, sendo adequado à espécie o patamar intermediário de 1/2.
3. As circunstâncias do caso concreto não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.
De fato, embora o quantum de pena fixado seja inferior a 4 (quatro) anos, preenchendo, portanto, o requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal, observo que as circunstâncias do caso concreto, a quantidade elevada e a natureza dos entorpecentes apreendidos - 533, 4 g de cocaína e 0,8 g de maconha - não recomendam a substituição.
4. Agravo regimental não provido." (AgRg nos EDcl no AREsp 889.826/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 29/06/2016).

Na definição 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 pelo 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 da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Portanto, embora a pena definitiva tenha sido fixada em 4 anos e 2 meses de reclusão e o recorrente seja primário, o regime mais severo do que o legalmente previsto, segundo o *quantum* da sanção aplicada, é o adequado à espécie, dada a presença de circunstâncias prevalecentes, que foram inclusive devidamente sopesadas na terceira fase do cálculo da pena, a fim de modular a aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em 1/6.

A propósito:

> "[...]
> - Não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado ao recorrente não reincidente, condenado à pena superior a 4 anos de reclusão e não excedente a 8 anos, com registro de circunstância judicial desfavorável sopesada na primeira fase da dosimetria (grande quantidade de cocaína). (HC 228.963/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 27/04/2015).
> - Não há falar em *bis in idem* na utilização da quantidade do entorpecente para exasperar pena-base e fixar o regime inicial mais severo - A fixação da pena privativa de liberdade em patamar superior a 4 (quatro) anos impede a sua substituição por restritivas de direitos (art. 44, I, do Código Penal). Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1.317.838/SP, Ministro Rel. ERICSON MARANHO, Desembargador convocado do TJ/SP, SEXTA TURMA, DJe 16/03/2016).
>
> "[...]
> 3. No caso concreto, o Tribunal de origem expressamente fundamentou a majoração da pena-base considerando, em especial, a quantidade e a qualidade da droga apreendida - 6.770 g de cocaína -, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, não se mostrando desproporcional ou desarrazoada, porquanto fundamentada a exasperação em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.
> 4. Quanto à minorante do artigo 33, § 4º da Lei 11.343/2006, verifica-se que o recorrente não faz jus à referida causa especial de diminuição da pena. De fato, para se aplicar a benesse de que cuida o supracitado artigo, é necessário o preenchimento de quatro requisitos cumulativos, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa. No caso, contudo, conforme se verifica da leitura do trecho do acórdão recorrido, o Tribunal *a quo* apontou circunstâncias desfavoráveis para afastar a aplicação da benesse ao recorrente, concluindo que este se dedicava à atividade criminosa. Assim, concluindo o Tribunal de origem pela ausência dos requisitos legais para a concessão da benesse do art. 33, § 4º, da Lei n.

> 11.343/2006, por estar o recorrente envolvido em organização criminosa, não há como alterar esse entendimento no recurso especial, em razão do óbice do enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.
> 5. No que tange à transnacionalidade, a jurisprudência deste Superior Tribunal firmou o entendimento de que, como o crime de tráfico ilícito de entorpecentes constitui delito de ação múltipla, "fica afastada a alegação de bis in idem, pois o fato de trazer consigo a droga já conduz à configuração da tipicidade formal, enquadrando a conduta no tipo do art. 33, restando plenamente justificada a incidência da majorante do art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006, pois aplicada por fundamento diverso." (AgRg nos EDcl no REsp 1323716/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 23/4/2013, DJe 2/5/2013).
> 6. Quanto ao regime prisional, esta Corte Superior admite que a natureza e a quantidade da substância entorpecente justificam a fixação de regime penal mais gravoso ao condenado por crime de tráfico de drogas. Nesse contexto, estabelecida a pena definitiva em 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, verificadas as circunstâncias judiciais desfavoráveis e considerada a natureza e a quantidade de entorpecente apreendido, 6.770g de cocaína, a manutenção do regime fechado é o adequado à prevenção e reparação do delito.
> 7. Agravo regimental não provido."
> (AgRg no AREsp 634.154/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 25/05/2016).

Por fim, a Terceira Seção no julgamento da PET 11.796/DF em 23/11/2016, teor publicado em DJe 29/11/2016, decidiu acompanhar entendimento exarado no julgamento do HC 118.533/MS, em 23/6/2016, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, decidindo que o tráfico privilegiado, previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, não pode ser considerado delito de natureza hedionda. Tendo, inclusive, revisado tema anteriormente decidido sob o rito dos recursos repetitivos nesta Corte Superior e cancelado a Súmula 512/STJ.

Confira-se ementa baixo:

> "PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS NA SUA FORMA PRIVILEGIADA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CRIME NÃO EQUIPARADO A HEDIONDO. ENTENDIMENTO RECENTE DO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO HC 118.533/MS. REVISÃO DO TEMA ANALISADO PELA TERCEIRA SEÇÃO SOB O RITO DOS REPETITIVOS. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA N. 1.329.088/RS. CANCELAMENTO DO ENUNCIADO Nº 512 DA SÚMULA DO STJ.
> 1. O Supremo Tribunal Federal, no recente julgamento do HC 118.533/MS, firmou entendimento de que apenas as modalidades de tráfico ilícito de drogas definidas no art. 33, *caput* e § 1°, da Lei n. 11.343/2006 seriam equiparadas aos crimes hediondos, enquanto referido delito na modalidade privilegiada apresentaria 'contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a

> ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa.' (Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, TRIBUNAL PLENO, julgado em 23/06/2016).
> 2. É sabido que os julgamentos proferidos pelo Excelso Pretório em *Habeas Corpus*, ainda que por seu Órgão Pleno, não têm efeito vinculante nem eficácia *erga omnes*. No entanto, a fim de observar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, bem como de evitar a prolação de decisões contraditórias nas instâncias ordinárias e também no âmbito deste Tribunal Superior de Justiça, é necessária a revisão do tema analisado por este Sodalício sob o rito dos recursos repetitivos (Recurso Especial Representativo da Controvérsia n. 1.329.088/RS – Tema 600).
> 3. Acolhimento da tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, com o consequente cancelamento do enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça."

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo** a ordem de ofício, somente para afastar a hediondez do tráfico privilegiado no caso em tela.

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 21 de fevereiro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator