HABEAS CORPUS Nº 485.230 - RJ (2018/0339826-3)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS	:	CLÁUDIA INEZ MARQUES DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	:	FÁBIO BONIFÁCIO DE SOUZA LIMA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA TAL FIM. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE TÓXICOS. CONDENAÇÃO PELO DELITO DO ART. 35 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DESTA CORTE SUPERIOR. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ILEGALIDADE. ADEQUAÇÃO AO ART. 33, §§ 2.º E 3.º, C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS N.ºs 440 DO STJ, 718 E 719, AMBAS DO STF. MODIFICAÇÃO PARA O MODO INICIAL SEMIABERTO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de FÁBIO BONIFÁCIO DE SOUZA LIMA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, proferido nos autos da Apelação Criminal n.º 0055657-23.2017.8.19.0002.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo legal; e no art. 35 da Lei n.º 11.343/06, à reprimenda de 3 (três) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, no valor unitário mínimo legal; totalizando o montante de 8 (oito) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.200 (mil e duzentos) dias-multa no valor do mínimo legal.

Em grau de apelação, o Tribunal de Justiça de origem negou provimento ao recurso da Defesa em acórdão assim ementado (fls. 44-45):

"EMENTA. APELAÇÃO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUTORIA. PALAVRA DOS POLICIAIS. VALIDADE.

REDUTOR. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. 1. Pois bem. De início vale lembrar que é muito comum em locais dominados por Facções criminosas que as pessoas que frequentam ou ali residem não queiram falar o que sabem ou prestar depoimentos com medo de sofrerem represálias. Os policiais, por sua vez, não tinham qualquer interesse em incriminar um inocente, não tendo qualquer motivo provado nos autos para atribuir crimes tão graves ao réu, que nem ao menos conheciam anteriormente. Como já dito anteriormente, haviam outras pessoas no bar onde o acusado foi preso, mas apenas ele foi detido, não havendo motivo plausível para fazê-lo se realmente não estivesse trazendo em seu poder drogas ilícitas, pois se fosse o caso, outras pessoas poderiam ter sido apreendidas também e não foram. No caso em tela, o réu foi encontrado em local dominado por facção, conhecido como ponto de venda de drogas e tinha consigo um rádio comunicador, comumente utilizado para s e comunicar com o restante da organização criminosa, além de certa quantidade de material entorpecente que foi arrecadado. Restou evidente ainda através dos depoimentos dos policiais, que o réu trabalhava para a facção que domina o local pois se assim não fosse, não estaria com rádio comunicador e nem conseguiria vender drogas ali. Ademais, o policial Plinio afirmou que o réu, ao ser preso, confirmou que trabalhava para o tráfico e que o que havia dispensado dentro de uma sacola plástica que jogou no rio era o restante do material entorpecente que ele tinha sob sua guarda, mas que acabou não sendo recuperado. Note que a quantidade que restou em seu poder no momento da abordagem policial ainda era uma quantidade considerável pois estava dividida em mais de duzentos sacolés de cocaína, demonstrando assim o seu vínculo estável e permanente com a facção Comando Vermelho, que domina o local já que só aqueles que detém a confiança da referida organização criminosa é que conseguem aparelhos comunicadores e tamanha quantidade de material entorpecente, sendo certo que tal confiança só é adquirida com o tempo. Dito isso, levando-se em conta o conteúdo dos depoimentos prestados pelos policiais militares, harmoniosos e em consonância não só com a primeira narrativa, feita em sede policial, mas também entre si, e, de outro turno, a ausência de versão do réu bem como de testemunhas a seu favor, aliadas ao fato de que não se conheciam anteriormente, pelo que não haveria razão para, intencionalmente prejudicá-lo, como dito anteriormente, é a versão dos primeiros que deve ser prestigiada. Assim, não é cabível nem a absolvição por ausência de provas nem quanto ao tráfico tampouco quanto à associação. Por conta do total da reprimenda e da condenação também pelo crime de associação, não é cabível o redutor previsto no artigo 33 da l ei de drogas ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Fica mantido o regime fechado para início de cumprimento da reprimenda tendo em vista o montante da pena aplicada, a gravidade dos delitos bem como em razão da ligação perniciosa com a perigosa facção, sem olvidarmos que para que o condenado seja progredido (detração) é necessário que este tenha bom

> *comportamento carcerário, comprovado por atestado de conduta carcerária, emitido pelo diretor do estabelecimento prisional em que estiver. Esse requisito é chamado de subjetivo, pelo que não basta apenas satisfação de apenas um dos requisitos,* in casu, *o tempo de prisão, devendo coexistir o objetivo e o subjetivo. RECURSO DESPROVIDO."*

Daí a presente impetração, em que se alega a existência de constrangimento ilegal na fixação do regime fechado para o início de cumprimento da pena e na não incidência da causa especial de diminuição da pena, prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

Aduz que a imposição do regime mais gravoso carece de motivação idônea, pois, a teor do entendimento sufragado na Súmula n.º 440/STJ, o regime inicial deve ser o semiaberto.

Requer, liminarmente, seja imediatamente determinada a fixação do regime intermediário para início de cumprimento da reprimenda até o julgamento do *writ*. No mérito, pleiteia a incidência da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 e a modificação do regime inicial para o semiaberto.

O pedido liminar foi deferido às fls. 55-58, nos termos em que requerido.

Informações prestadas às fls. 53-69, 70-72 e 74-87.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 92-99, opinou pelo não conhecimento do *writ* e pela concessão da ordem de ofício para a modificação do regime inicial de cumprimento da pena.

É o relatório.

Decido.

No que diz respeito ao regime prisional, a sentença condenatória, apesar da fixação das penas-bases no mínimo legal, tanto para o crime de tráfico quanto para o de associação para o tráfico, assim se manifestou (fl. 23):

> *"O regime inicial de cumprimento de pena será o FECHADO para as condenações face à soma total das penas corporais aplicadas e em razão de se tratar de tráfico de drogas, crime equiparado a hediondo e, ainda o delito de associação para o tráfico que visa a prática reiterada deste último."*

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro ratificou o édito condenatório, sob o seguinte fundamento (fl. 49):

> *"Fica mantido o regime fechado para início de cumprimento da reprimenda tendo em vista o montante da pena aplicada, a gravidade dos delitos bem como em razão da ligação perniciosa com a perigosa facção, sem olvidarmos que para que o condenado seja progredido (detração) é necessário que este tenha bom comportamento carcerário, comprovado por atestado de conduta carcerária, emitido pelo diretor do estabelecimento prisional em que estiver. Esse requisito é chamado de subjetivo, pelo que não basta apenas satisfação de apenas um dos requisitos,* in casu*, o tempo de prisão, devendo coexistir o objetivo e o subjetivo."*

Da leitura dos trechos acima transcritos, verifico que o Tribunal de origem manteve o regime prisional fechado com base em fundamentos inidôneos, lastreados em elementos inerentes ao tipo penal.

A questão sobre o regime prisional ora discutida tem sido apreciada repetidas vezes pelo Superior Tribunal de Justiça, o que culminou na edição da Súmula n.º 440, segundo a qual, "*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*".

No mesmo sentido têm sido os reiterados julgados do Supremo Tribunal Federal, cuja jurisprudência está espelhada nos Verbetes Sumulares n.ºs 718 e 719, respectivamente, *in verbis*:

> *"A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada."*
>
> *"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."*

No caso, o Réu é primário, as penas-bases foram fixadas em seus patamares mínimos, razão pela qual cabível o **regime intermediário**, considerando o *quantum* da pena aplicada – 8 (oito) anos de reclusão –, à luz do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

De outro lado, são condições para que o Condenado faça jus à causa de diminuição da pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

O Juízo sentenciante, ao proferir a sentença condenatória, não aplicou a minorante do crime de tráfico porque (fl. 22):

> *"Havendo condenação do réu pelo tráfico de drogas e pela associação para o tráfico, incabível a diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343106."*

Tal entendimento não destoa da jurisprudência do Superior Tribunal:

> "[...]
> *8. É pacífico nesta Corte Superior o entendimento de que a condenação pelo crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei n.º 11.343/2006) denota a dedicação do agente às atividades criminosas e, por conseguinte, por si só, impede a incidência da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.*
> [...]." (HC 460.286/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 19/10/2018.)

> "[...]
> *3. Comprovado nos autos que o réu se dedicava a atividades criminosas, tanto que foi condenado pelo delito previsto no art. 35 da Lei de Drogas, inviável a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, do mencionado diploma.*
> *4. Agravo regimental não provido*." (AgRg no HC 388.641/AM, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 04/09/2018.)

Por tal razão, quanto ao ponto, não há constrangimento ilegal a ser reconhecido na presente via.

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE A ORDEM de *habeas corpus* a fim de, confirmando a liminar outrora deferida, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda privativa de liberdade imposta ao Paciente, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 18 de fevereiro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora