

HABEAS CORPUS Nº 486.459 - RS (2018/0345470-1)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : DEISE CASPANI COLLET - RS051075
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : RAFAEL FLOR (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de **RAFAEL FLOR**, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**.

O paciente foi condenado às penas de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e 300 (trezentos) dias-multa, como incurso nas sanções do artigo 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006.

Irresignados, a defesa e a acusação interpuseram recurso de apelação ao Tribunal de origem, que deu provimento somente ao apelo ministerial, para condenar o paciente como incurso nas sanções do art. 244-B da Lei n. 8.069/1990 e afastar a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

No presente **writ**, o impetrante sustenta que não houve justificação adequada a ensejar a não aplicação da redutora capitulada no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, bem como afronta aos enunciados das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 desta Corte Superior, ao argumento de que o regime inicial de cumprimento de pena foi fixado com base na gravidade abstrata do crime praticado.

Requer, ao final, a concessão da liminar, para que incida o privilégio descrito no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, bem como a readequação do regime prisional (fls. 3-8).

O pedido liminar foi parcialmente concedido (fls. 382-385).

As informações foram prestadas às fls. 394-396 e 397-427.

O Ministério Público Federal, às fls. 430-436, manifestou-se nos termos da seguinte ementa:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS E CORRUPÇÃO DE MENOR. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO. EXIGÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA (SÚMULAS 719 E 718/STF). CONSONÂNCIA COM O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. CABIMENTO, CONFORME O CASO, SE PRESENTES OS REQUISITOS DO ART. 44, DO CP CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. CONCESSÃO DA ORDEM. - O acusado tem direito ao benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, se se tratar de réu primário, não registrar antecedentes, e se não houver prova de que se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa. - O Excelso STF afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos ou equiparados, ao declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, em homenagem ao princípio da individualização da pena. - Eventual imposição de regime mais gravoso que o correspondente à pena aplicada, inclusive para o crime de tráfico de drogas, exige a necessária fundamentação idônea, não bastando, para maior rigor na fixação do regime, a mera consideração da gravidade do crime em abstrato pelo julgador, conforme dispõem as Súmulas 719 e 718 da Corte Suprema. - No tocante à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, o Plenário do STF julgou inconstitucional a vedação contida no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, de modo que o sentenciado por crime de tráfico de drogas também faz jus à transmutação de pena, desde que se coadune ao art. 44 do CP - Parecer pela concessão da ordem de habeas corpus."

É o breve relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Destarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

O impetrante sustenta que não houve fundamentação idônea a justificar a não aplicação da redutora capitulada no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, vez que o paciente é primário, de bons antecedentes, bem como não há provas de que se dedique às atividades criminosas e nem que integre organizações criminosas.

Quanto ao **punctum saliens**, o Tribunal de origem, quando do julgamento do recurso de apelação, assim se pronunciou, **in verbis**:

"De outra banda, tendo em visto o condenação referido, entendo que o apelante-apelado não preenche os requisitos do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343, pois se dedicava às atividades criminosas. Deste modo, retiro-lhe o benefício do parágrafo citado, passando suas penas para cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa, O regime prisional, face ao previsto no artigo 33, 5 3º. do Código Penal, é fixado no fechado."

O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o **percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06**, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando

evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

Na hipótese, o Tribunal de origem se utilizou de fundamentações genéricas, para afastar a aplicação da causa de diminuição prevista no parágrafo 4º, do art. 33, da Lei de Drogas. Nesse diapasão, a pequena quantidade de drogas apreendidas, aliada à inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, autoriza a incidência da redutora do tráfico privilegiado no seu patamar máximo.

Desse modo, forçoso reconhecer a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, no seu **patamar máximo, 2/3 (dois terços)**, reduzindo a pena imposta para **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa**.

Sobre o tema:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. NATUREZA DA DROGA. QUANTIDADE ÍNFIMA (1,1 G). APLICAÇÃO DO REDUTOR NO MÍNIMO LEGAL. DESPROPORCIONALIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA DO DELITO DESFAVORÁVEL. MODO SEMIABERTO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. Não há bis in idem nas decisões impugnadas, quando, no cálculo da pena, foram considerados argumentos distintos para majorar a pena-base (o envolvimento de inúmeros adolescentes) e para definir o índice de redução, pela causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas (a natureza da droga).

4. É manifestamente desproporcional a redução da pena no mínimo legal (1/6), pela incidência da minorante em questão, com fulcro, apenas, na natureza do entorpecente (cocaína), diante da ínfima quantia da substância apreendida (1,1 g), aliada ao fato de que a paciente é primária e não há prova de que se dedica ao tráfico de entorpecentes ou integre organização criminosa. Aplicação do índice de diminuição em 2/3. Precedente.

5. Fixada a sanção corporal em patamar inferior a

quatro anos de reclusão e sendo desfavoráveis as circunstâncias do delito, que justificaram o aumento da pena-base, revela-se correta a imposição do regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

*6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no grau máximo, redimensionando a pena da paciente para 1 anos e 10 meses de reclusão mais 166 dias-multa". (HC n. 372.496/MS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 7/12/2016, grifei).*

Em relação ao regime prisional, sabe-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Acerca do tema, a jurisprudência deste Tribunal Superior se firmou no sentido de que a fixação do regime inicial do crime de tráfico de entorpecente deve observar os preceitos constantes dos artigos 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Nesse sentido os seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA (RÉU CONDENADO À PENA DE 3 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO). NEGATIVA DE APELO EM LIBERDADE. FUNDAMENTOS DO DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA MANTIDOS. AUSÊNCIA DE NOVO TÍTULO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. POSSIBILIDADE ABSTRATA DE FUGA. MERA SUPOSIÇÃO DE FRUSTRAÇÃO DA COLHEITA DE PROVAS E DE REITERAÇÃO DELITIVA. ARGUMENTOS GENÉRICOS. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. AGENTE PRIMÁRIO E COM BONS ANTECEDENTES. REVOGAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO APENAS COM BASE NA VEDAÇÃO LEGAL DO § 1º DO ART. 2º DA LEI

N. 8.072/1990, JÁ DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

7. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, 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. In casu, a sentença condenatória, não obstante o quantum da condenação (3 anos e 4 meses), fixou o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez do delito.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem, no entanto, concedida de ofício para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena e possibilitar que o paciente aguarde em liberdade o julgamento do recurso de apelação". (HC n. 330.915/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 16/5/2016).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO COM FULCRO NA HEDIONDEZ DO DELITO E NA GRAVIDADE ABSTRATA. AFASTAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF. NÃO SUBSTITUÍDA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS TAMBÉM COM BASE NA NATUREZA DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES, realizado em sessão extraordinária do dia 27/6/2012, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e de outros a eles equiparados.

2. O Tribunal de origem entendeu devida a imposição do regime inicial fechado, sem haver apontado elementos concretos dos autos que, efetivamente, evidenciassem a imprescindibilidade de imposição do modo mais gravoso. Assim, considerado o quatum de pena imposto ao sentenciado, a análise

favorável das circunstâncias judiciais, a quantidade de drogas apreendida e, ainda, a primariedade do paciente, é forçosa a confirmação da medida liminar anteriormente concedida para estabelecer o regime inicial aberto.

3. Quanto à possibilidade de substituição da pena dos condenados por tráfico de drogas, em 1º/9/2010, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 97.256/RS, de relatoria do Ministro Ayres Britto, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma normativo, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.

4. O paciente, além de ser primário e possuidor de bons antecedentes, teve a reprimenda-base fixada no mínimo legal e foi beneficiado com a aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em grau máximo, a qual visa, justamente, a beneficiar o chamado 'traficante ocasional', de modo que não há como afirmar que a substituição da pena não se mostra uma medida socialmente recomendada.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para estabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena e, ainda, determinar que o Juízo das execuções penais, de maneira motivada, analise a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em conta, para tanto, o período em que permaneceu preso". (HC n. 351.722/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe de 17/5/2016).

No presente caso, verifica-se que a pena-base, em razão das circunstâncias judiciais favoráveis, foi fixada **no mínimo legal**, ao passo em que, nesta oportunidade, a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas foi aplicada no **grau máximo**.

Nesse compasso, considerando a primariedade do paciente e o **quantum** de pena estabelecido, forçoso concluir que faz **jus** ao regime **aberto**, para início de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Estatuto Penal, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula n. 440 desta Corte Superior.

Ademais, cumpre registrar que o **Pretório Excelso**, por ocasião do julgamento do **HC n. 97.256/RS**, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, permitiu a concessão da benesse aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

Com efeito, preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, quais sejam, pena não superior à 4 (quatro) anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, réu não reincidente e circunstâncias judiciais favoráveis, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em moldes a serem especificados pelo Juízo da Execução Penal.

Ante o exposto, não conheço do presente **habeas corpus**. **Todavia, concedo a ordem de ofício**, para aplicar a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no seu **patamar máximo**, reduzindo a pena imposta para **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa**, bem como fixar o regime prisional **aberto** para o início do cumprimento da pena da paciente e determinar a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a ser estabelecida pelo Juízo da Execução.

P. e I.

Brasília (DF), 04 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator