

HABEAS CORPUS Nº 512.560 - RJ (2019/0152754-9)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : VALCELANE DE SOUZA COELHO VIAL AVILA E OUTRO
ADVOGADOS : VALCELANE DE SOUZA COELHO VIAL AVILA - RJ163014
CINTIA MARIA CAMPOS DA SILVA LADEIRA - RJ163074
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : WELLINGTON DE SOUZA RODRIGUES (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial impetrado em favor de WELLINGTON DE SOUZA RODRIGUES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no julgamento da Apelação n. 0005852-63.2016.8.19.0026.

Dos elementos que instruem os autos, verifica-se que o Juiz de primeiro grau condenou o paciente às penas de 1 (um) ano de detenção, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 12 da Lei n. 10.826/2003 (posse ilegal de arma de fogo de uso permitido) e absolveu-o da imputação do delito do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, por insuficiência de provas. O paciente foi preso em flagrante, em 2/8/2016, por guardar em sua casa um revólver marca Colt calibre .32, com 3 (três) cartuchos, e 33,25g (trinta e três gramas e vinte e cinco centigramas) de maconha.

O Ministério Público interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao recurso para condenar o acusado também pelo delito de tráfico de drogas, fixando as reprimendas em um total de 5 (cinco) anos de reclusão e 1 (um) ano de detenção, no regime inicialmente fechado, e 510 (quinhentos e dez) dias-multa (e-STJ fls. 18-25).

Neste *writ*, o impetrante sustenta que a causa de especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas foi afastada sem amparo em fundamentação idônea.

Assevera que o paciente preenche os requisitos legais para a aplicação da minorante do tráfico, pois é primário, com bons antecedentes, não havendo provas de que se dedique a atividade ilícita ou de que integre organização criminosa.

Requer a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 com a respectiva readequação das reprimendas.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da ordem de *habeas corpus* (e-STJ fls. 31-38).

É o relatório.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do art. 105 da Constituição da República, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Com relação à almejada incidência do redutor do § 4º do art. 33 da Lei de

Drogas, sabe-se que o referido dispositivo legal dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) **não se dedique às atividades criminosas**; e d) **não integre organização criminosa**.

Cabe ressaltar que o fato de a lei não estabelecer critérios objetivos para a incidência do benefício não impede que o julgador, no exame do caso concreto e em observância às circunstâncias do fato, possa preencher a lacuna legal, não havendo que se falar em violação ao princípio da legalidade.

Na espécie, a instância de origem, com esteio no conjunto probatório acostado aos autos, notadamente nas circunstâncias em que se deu o delito e nos relatos testemunhais, entendeu que o paciente se dedicava à atividades criminosas e integrava organização criminosa, motivo pelo qual afastou o benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, nos seguintes termos, *ipsis litteris* (e-STJ fl. 23):

Cumpre destacar que não se aplica à hipótese dos autos a causa especial de diminuição das penas prevista no §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. Isso porque, conforme declararam os policiais militares, mostra-se impossível a realização do tráfico de drogas, de forma autônoma, no local em que o apelado foi preso, uma vez que dominado pela facção criminosa Comando Vermelho. Acrescenta-se que o policial Dimilson ressaltou que tinha informação de que o apelado é integrante desta facção e exercia a função da venda de drogas, ao passo que o policial Aristides asseverou que já tinha informações de que o recorrido traficava há cerca de 03 (três) meses. Logo, restou demonstrado que o apelado se dedicava à atividade criminosa, não fazendo jus ao redutor.

Dessa forma, não se pode dizer que o Tribunal de origem incidiu em constrangimento ilegal, pois, da análise da prova carreada aos autos, concluiu que o paciente não satisfaz as exigências para a aplicação da referida benesse legal e fundamentadamente rechaçou a sua incidência.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME FECHADO.

POSSIBILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A instância ordinária afastou a incidência da causa especial de

redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em face das circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem a dedicação do réu em atividade criminosa. A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

3. O STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do Código Penal - CP. In casu, a quantidade, variedade e natureza da droga apreendida - 73 pedras de crack e 17 porções de cocaína - justificam a fixação do regime prisional mais gravoso. Precedentes.

4. Considerando a pena aplicada, no patamar superior a 4 anos, inviável a aplicação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ante o não preenchimento dos requisitos do art. 44, I, do CP.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 316.464/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe de 29/06/2018)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO ART.

33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. INVIABILIDADE DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quando as circunstâncias do delito permitem aferir que o agente se dedica a atividades criminosas.

3. No caso, extrai-se que o Tribunal a quo formou sua convicção com base nos elementos fáticos constantes dos autos para não aplicar a redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que o paciente se dedicava ao tráfico de forma habitual. Assim, desconstituir tais assertivas demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do habeas corpus.

4. 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.

5. O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

6. No caso, sendo a pena superior a 4 anos, a quantidade das drogas apreendidas justifica a fixação do regime fechado.

7. Não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o quantum da pena supera o limite previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

8. Habeas corpus não conhecido.

(HC 448.346/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe de 20/06/2018)

De outro lado, ainda que não arguido pela impetrante, constata-se a ocorrência de constrangimento ilegal passível de concessão de *habeas corpus* de ofício com relação ao regime prisional estabelecido.

O Tribunal *a quo* fixou o regime inicialmente fechado mediante a seguinte fundamentação (e-STJ fl. 24):

Por derradeiro, observa-se que a Lei nº 11.464/07 não afastou do tráfico a natureza de crime equiparado ao hediondo, tendo apenas reconhecido a possibilidade de progressão de regime a seus executores, o que não afasta a imposição do regime fechado para o inicial cumprimento da pena privativa de liberdade. Assim, considerando as circunstâncias em que se deu a prisão do apelado, e os relatos dos policiais militares no sentido de que já tinham informações de que o apelado Wellington se dedicava ao tráfico de entorpecentes, a pena deverá ser cumprida em regime inicialmente fechado, sendo certo que regime menos gravoso não seria suficiente para a prevenção e repressão do delito.

Como se vê, o estabelecimento modo prisional fechado foi fundamentado com base no caráter hediondo e na gravidade abstrata do delito, utilizando-se de elementos inerentes ao próprio tipo penal imputado ao paciente, o que não é permitido.

No tocante ao regime de cumprimento de pena, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal e as Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719/STF.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REGIME INICIAL FECHADO. HEDIONDEZ E

GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. DESCABIMENTO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MINORANTE APLICADA EM METADE. REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. CABIMENTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

III - O col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

IV - O col. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 17/12/2013), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com redação dada pela Lei n. 11.464/07, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

V - Seguindo tal orientação, firmou-se o entendimento nesta Corte segundo o qual o julgador deve observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, independente de o crime ser hediondo ou equiparado. Além disso, segundo pacífica jurisprudência deste Tribunal, a hediondez do crime de tráfico de drogas não autoriza, por si só, a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena.

VI - O excelso Supremo Tribunal Federal, em r. decisão oriunda do Tribunal Pleno, no Habeas Corpus n. 118.533/MS, afastou o caráter hediondo dos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes em que incida a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, como ocorre no presente caso.

VII - In casu, verifica-se que a pena-base foi fixada no mínimo legal, tendo ainda sido aplicada em metade a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. As circunstâncias judiciais, portanto, foram todas consideradas favoráveis.

VIII - Sendo o paciente primário, fixada a pena-base no mínimo legal e consideradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime aberto mostra-se o adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e n. 440 desta Corte Superior.

IX - O Pretório Excelso, nos termos da r. decisão proferida 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, contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal por meio da Resolução n. 5 de 16/2/2012), 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, como ocorre no presente caso.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime aberto para o início de cumprimento da pena e determinar a sua substituição por restritiva de direitos, nos moldes a serem definidos pelo MM. Juízo da Execução Penal, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 453.301/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe de 28/06/2018)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. RACIONALIZAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO HEROICO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. INDEFERIDA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FUNDAMENTO NA HEDIONDEZ DO DELITO E NA GRAVIDADE ABSTRATA DA CONDUTA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PRIMARIEDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO.

[...]

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES em 27/6/2012, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe conferiu a Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados.

3. Em 1º/9/2010, quando do julgamento do HC n. 97.256/RS, a Corte Suprema declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade das expressões 'vedada a conversão em penas restritivas de direito' e 'vedada a conversão de suas penas em restritivas de direito', constantes, respectivamente, do §4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.

4. **Caso em que o regime fechado foi aplicado à pena reclusiva imposta à paciente, mais severo do que a reprimenda comporta, sem fundamentação idônea, apenas com fulcro na hediondez do delito e na gravidade abstrata da conduta. Afronta ao art. 93, IX, da Constituição da República, e ao Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte Superior de Justiça, segundo o 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'. Nos mesmos termos, estão os Enunciados n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, também afrontados pelas instâncias ordinárias.**

5. Considerando o quantum da condenação (1 ano, 11 meses e 10 dias), a primariedade da paciente, o fato de não lhe terem sido apontadas circunstâncias judiciais desfavoráveis e o preenchimento dos pressupostos previstos no art. 44 do Código Penal, configura

constrangimento ilegal a aplicação do regime inicial fechado e a negativa de substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para alterar o regime de cumprimento de pena para o aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

(HC 360.539/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe de 24/08/2016, sem grifos no original.)

Confirmam-se, a propósito, os mencionados verbetes sumulares:

"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." (Súmula 440 do STJ)

"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." (Súmula 718 do STF)

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea." (Súmula 719 do STF)

No caso, considerando o *quantum* de pena estabelecido, a primariedade do condenado, a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e a não expressiva quantidade de droga apreendida (33,25g de maconha), mostra-se cabível a fixação do regime inicial semiaberto, conforme o disposto no art. 33, § 2º, alínea *b*, e § 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não conheço** do *writ*, **concedendo**, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, apenas para estabelecer o **regime inicial semiaberto** para o cumprimento da sanção imposta ao paciente.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 07 de junho de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator