

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 537.219 - RJ (2019/0296945-6)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
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 : MIKE DOUGLAS FERREIRA VIEIRA (PRESO)
PACIENTE : RODRIGO BRAZ DE SANTANNA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de MIKE DOUGLAS FERREIRA VIEIRA e RODRIGO BRAZ DE SANTANNA apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Desembargador Francisco José de Azevedo) na Apelação Criminal n. 0014807-62.2017.8.19.0054.

Consta dos autos que os pacientes, denunciados por infração, em tese, do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, em virtude da apreensão de **81,4g (oitenta e um gramas e quatro decigramas) de maconha e de 207,9 (duzentos e sete gramas e nove decigramas) de cocaína** (e-STJ fl. 58), foram absolvidos em primeiro grau de jurisdição (e-STJ fls. 31/37).

Irresignado, o *Parquet* estadual apelou. O Tribunal de origem, por unanimidade, deu provimento ao reclamo para condenar os pacientes, nos termos da denúncia, à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado. Esta é a ementa do acórdão (e-STJ fls. 55/56):

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/06).

SENTENÇA ABSOLUTÓRIA FUNDADA NA PRECARIEDADE DE PROVAS.

ACUSADOS QUE, CONSCIENTES E VOLUNTARIAMENTE, EM COMUNHÃO DE AÇÕES E DESÍGNIOS ENTRE SI, TRAZIAM CONSIGO E GUARDAVAM, SEM AUTORIZAÇÃO E EM DESACORDO COM DETERMINAÇÃO LEGAL E REGULAMENTAR, PARA FINS DE TRÁFICO, 81,4 GRAMAS DE MACONHA, DISTRIBUÍDOS EM 56 EMBALAGENS, ALÉM DE 207,9 GRAMAS DE COCAÍNA ACONDICIONADOS

Superior Tribunal de Justiça

EM 143 EMBALAGENS INDIVIDUAIS E EM UM SACO PLÁSTICO.

PRETENSÃO MINISTERIAL A REFORMA DA SENTENÇA PARA QUE OS ACUSADOS SEJAM CONDENADOS COMO INCURSOS NAS PENAS DO ART. 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/06, QUE SE CONCEDE, PRINCIPALMENTE PELA PRISÃO DOS RÉUS NA POSSE DAS DROGAS, A GRANDE QUANTIDADE E DIVERSIDADE, O LOCAL ONDE OS ACUSADOS FORAM APREENDIDOS CONHECIDO COMO PONTO DE VENDA DE ENTORPECENTE, ALÉM DOS RELATOS DOS POLICIAIS, COERENTES E CONVERGENTES, CIRCUNSTÂNCIAS IGNORADAS PELA SENTENÇA APELADA.

PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL PARA CONDENAR OS RÉUS COMO INCURSOS NAS PENAS DO ART. 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/06.

No presente *writ*, a defesa alega que os "pacientes são primários e portadores de bons antecedentes, conforme se pode verificar de suas FACs, ora anexadas, constando, tão somente, a anotação referente ao presente processo, não havendo nos autos qualquer prova que os mesmos se dediquem à atividades criminosas ou que integrem uma organização criminosa", e que "a quantidade de droga encontrada em poder do mesmo não é significativa, mostrando-se compatível com a figura do traficante eventual, inexistindo qualquer justificativa plausível para o não reconhecimento da figura privilegiada, principalmente se levarmos em conta que o artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06" (e-STJ fl. 6).

Ademais, afirma que "a C.Câmara fundamentou a fixação do regime fechado com base na hediondez do delito" (e-STJ fl. 9).

Requer "seja concedida LIMINAR, para que sejam recolhidos os Mandados de prisão até o julgamento do presente *Habeas Corpus* ou, caso os referidos mandados já tenham sido cumpridos, sejam expedidos os imediatos alvarás de soltura e, ao final, concedido definitivamente o *writ*, para, desconstituindo-se o v. acórdão, que seja RECONHECIDA a causa de diminuição de pena, prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06, REDIMENSIONANDO-SE a sanção definitiva; que haja a FIXAÇÃO do regime ABERTO, na forma do disposto no artigo 33, parágrafo 2º, alínea "c", do Código Penal, bem como a SUBSTITUIÇÃO das penas privativa de liberdade por restritiva de direitos" (e-STJ fl. 13).

Superior Tribunal de Justiça

É, síntese, o relatório.

A liminar em *habeas corpus*, bem como em recurso ordinário em *habeas corpus*, não possui previsão legal, tratando-se de criação jurisprudencial que visa a minorar os efeitos de eventual ilegalidade que se revele de pronto.

Na espécie, verifico presente constrangimento ilegal apto a justificar o deferimento da medida de urgência.

O Tribunal *a quo*, ao estabelecer o regime inicial fechado para resgate das reprimendas impostas aos pacientes, fê-lo com base na hediondez do delito (e-STJ fls. 63/64), entendimento que não encontra guarida na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa do seguinte precedente:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. VALORAÇÃO NA TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência firmou o entendimento de que, como 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 e, especialmente, o disposto no art. 42 da Lei de Drogas.

2. Não há ilegalidade a ser sanada na terceira etapa da dosimetria, pois as instâncias antecedentes destacaram, para a aplicação do percentual de 1/3 de diminuição da pena, a natureza altamente lesiva da droga apreendida (crack), elemento que não foi valorado para a fixação da pena-base.

3. Mesmo para os crimes hediondos ou os a eles equiparados, cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, então, seja escolhido o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

4. Reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, tem-se que a mera invocação desse dispositivo, como foi feito na espécie, não serve para justificar a fixação do regime mais gravoso, haja vista que, para estabelecer o

Superior Tribunal de Justiça

regime inicial de cumprimento de pena, deve o magistrado avaliar o caso concreto, de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos do Código Penal.

5. Ante a declaração de inconstitucionalidade, pela Corte Suprema, 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, mostra-se possível, em princípio, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006.

6. Para tanto, devem ser preenchidos, cumulativamente, os requisitos objetivos e subjetivos exigidos no art. 44 do Código Penal, não sendo possível negar a benesse com base na hediondez e na gravidade abstrata do crime de tráfico, consoante hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

7. Como a condenação do paciente já transitou em julgado, cabe ao Juízo das Execuções avaliar a possibilidade de imposição de regime prisional mais brando e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o Tribunal de origem não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos, à luz dos preconizados arts. 33 e 44 do Código Penal.

8. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para que o Juízo das Execuções, mediante concreta fundamentação, analise a possibilidade de fixação de regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do CP, e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, de acordo com o art. 44 do CP (HC 323.502/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe 08/09/2015).

Ante o exposto, **defiro a liminar** para assegurar aos pacientes o direito de aguardarem, no regime semiaberto, o julgamento do presente *habeas corpus*, salvo se por outro motivo estiverem presos ou cumprindo pena em regime mais gravoso.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal impetrado, encaminhando-lhe o inteiro teor da presente decisão. Ressalte-se que deverá noticiar a esta Corte Superior qualquer alteração no quadro fático atinente ao tema objeto desta impetração.

Oportunamente, dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 03 de outubro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator

