

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 507.856 - RJ (2019/0124359-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : LUCAS GUERREIRO MARCOS (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de LUCAS GUERREIRO MARCOS, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação n. 0165570-06.2018.8.19.0001).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 anos de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 500 dias-multa (e-STJ fls. 21/28).

Interposta apelação, o Tribunal local deu parcial provimento ao recurso defensivo para reduzir a pena-base para o mínimo legal, contudo, sem reflexos no *quantum* final da pena (e-STJ fls. 49/61). Segue a ementa do acórdão :

APELAÇÃO. DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ARTIGO 33, DA LEI 11343/2006. RECURSO DEFENSIVO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA SUSTENTANDO A INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. PLEITO SUBSIDIÁRIO DE REVISÃO DA DOSIMETRIA PARA REDUÇÃO DA PENA-BASE, APLICAÇÃO DO REDUTOR DO ARTIGO 33, §4º, DA LEI 11343/2006, FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA RECURSAL.

Com efeito, o MM Juiz a quo analisou com o devido cuidado as questões postas a seu julgamento, exteriorizando as razões de fato e de direito que o convenceram a condenar o acusado como incurso nas penas do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, sobretudo diante dos depoimentos prestados em Juízo, os quais

Superior Tribunal de Justiça

corroboram as demais provas do processo - auto de prisão em flagrante, termos de declaração, laudos de exame de material entorpecente e auto de apreensão, que não deixam a menor dúvida acerca da procedência da acusação. Com o fim da instrução criminal restou incontroverso que o acusado foi preso em flagrante quando transportava, para fins de tráfico, 50g (cinquenta gramas) de maconha, divididos em 22 tabletes e 6,3g (seis gramas e três decigramas) de cocaína, distribuídos em 18 tubos tipo eppendorf, alguns com a inscrição "Serra Coral Pó CV 15". Da dosimetria da sanção penal: Deveras, como argumenta a Defesa Técnica em seu arrazoado recursal, a natureza de parte da droga apreendida - 6,3 g de cloridrato de cocaína - não constitui fundamento idôneo para a exasperação da pena na primeira fase do processo de regramento. O efeito lesivo de qualquer substância entorpecente constitui circunstância já sopesada pelo legislador quando da fixação da escala penal in abstracto. Não há, portanto, qualquer situação extraordinária na apreensão da droga no caso em análise que justifique que a pena se afaste do mínimo legal, sendo normais as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal e do artigo 42 da Lei 11343/2006.

Sob tais fundamentos, reconduz-se, assim, a pena- base ao mínimo legal, ou seja, 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na segunda fase, foi corretamente reconhecida a incidência da atenuante da menoridade relativa. Todavia, em razão de já ter sido reduzida a pena-base ao mínimo legal, impossível vulnerar-se a escala penal, em conformidade com o entendimento já consagrado pelo Supremo Tribunal Federal em decisão com repercussão geral. No mesmo sentido, destaca-se o Verbete Sumular nº 231 do Superior Tribunal de Justiça: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal."

Resta, assim, inalterada a pena intermediária, fixada em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Afigura-se incabível a aplicação da causa de diminuição de pena, uma vez que o artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 traduz uma exceção à regra da criminalização do tráfico de drogas, cujo destinatário é o pequeno traficante, geralmente aquele que ingressa no comércio ilícito de entorpecentes para viabilizar o próprio consumo. No caso em exame, a diversidade do material entorpecente, a embalagem, as circunstâncias da prisão em flagrante e as informações pretéritas mencionadas pelos policiais sobre o envolvimento do apelante com práticas criminosas depõem contra ele, com quem foram apreendidas maconha e cocaína devidamente acondicionados para a mercancia ilícita, após abordagem em local conhecido como ponto de venda de drogas, o que evidencia a dedicação à atividade criminosa, e não para

Superior Tribunal de Justiça

sustentar o próprio consumo. A primariedade e a ausência de maus antecedentes do réu não autorizam, por si sós, a aplicação da causa de diminuição de pena. Em que pese não haja sido, o apelante, denunciado e condenado pelo crime de associação para o tráfico, verifica-se que sua prisão em flagrante deu-se em comunidade dominada pela facção criminosa Comando Vermelho - o que se infere das inscrições constantes de algumas das embalagens individuais do material entorpecente apreendido, a saber, "Serra Coral Pó CV 15" - sendo notório o fato de que é impossível o comércio varejista em regiões dominadas por facções criminosas sem qualquer vinculação a elas.

Do regime prisional: O regime inicial fechado se revela o mais correto no caso vertente, não pela gravidade abstrata do delito ou pela imposição descrita no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, mas sim porque as circunstâncias em que se deram os fatos traduzem maior reprovabilidade da ação e o envolvimento do apelante com atividades criminosas.

Da substituição da pena privativa de liberdade:

Afasta-se de plano a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, cuja concessão pressupõe a aplicação de sanção penal não superior a 4 (quatro) anos, sendo certo que a pena final do apelante, desatende tal requisito objetivo.

Do prequestionamento: afigura-se incabível o prequestionamento para fins de eventual interposição de recurso extraordinário ou especial, na medida em que não há nenhuma contrariedade ou negativa de vigência aos dispositivos apontados pela defesa, tampouco violação aos artigos 102, III, e 105, III, da Constituição da República. RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

No presente *writ* (e-STJ fls. 3/13), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois não aplicou o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Afirma que os requisitos legais para a incidência do benefício encontram-se presentes e que a quantidade de entorpecentes apreendidos não é expressiva (50g de maconha e 6,3g de cocaína), tampouco constitui critério suficiente para concluir pela dedicação a atividades criminosas.

Em razão do reconhecimento do tráfico privilegiado, defende que o paciente faz jus ao regime aberto e à substituição da pena privativa de

Superior Tribunal de Justiça

liberdade por restritiva de direitos.

Ao final, formula pedido liminar para que o paciente possa aguardar no regime aberto ou, ao menos, no semiaberto o julgamento deste *writ* e, no mérito, pede a concessão da ordem para que a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 seja aplicada em seu patamar máximo, redimensionando-se a pena do paciente, além da fixação do regime inicial aberto e da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O pedido liminar foi deferido (e-STJ fls. 66/70) para assegurar ao paciente o direito de aguardar, no regime semiaberto, o julgamento do presente *habeas corpus*.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 109/117, opinou pela concessão da ordem, nos termos da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. - TRÁFICO PRIVILEGIADO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO §4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. DIREITO SUBJETIVO DO RÉU QUANDO PREENCHIDOS OS REQUISITOS LEGAIS. - FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. RÉU PRIMÁRIO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. REQUISITOS DO ART. 44 DO CP PREENCHIDOS. - PARECER PELA CONCESSÃO DA ORDEM.

É o relatório. **Decido.**

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

A defesa se insurge contra a não aplicação da redutora do

Superior Tribunal de Justiça

tráfico privilegiado, a fixação do regime inicial fechado e a ausência de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Em relação à redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a sua aplicação demanda o preenchimento de quatro requisitos cumulativos, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa.

No caso dos autos, verifico que não foram atendidas as diretrizes previstas para o reconhecimento do privilégio, uma vez que a Corte de origem entendeu que o paciente não fazia jus ao benefício, haja vista a diversidade de drogas apreendidas – 50g de maconha e 6,3g de cocaína – e as circunstâncias da prisão, realizada em ponto de venda de drogas dominado pela facção criminosa Comando Vermelho, inclusive com a inscrição da sigla da referida organização em parte das embalagens.

Desconstituir tais assertivas demandaria, necessariamente, o revolvimento da moldura fática e probatória delineada nos autos, inviável na via estreita do *habeas corpus*.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO DO PACIENTE A ATIVIDADE CRIMINOSA. PRECEDENTES. AFASTAMENTO DA CONCLUSÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. NECESSIDADE DE AMPLO REVOLVIMENTO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - 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.

Superior Tribunal de Justiça

II - 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.

III - In casu, houve fundamentação concreta e idônea para o afastamento do tráfico privilegiado, lastreada nas circunstâncias da prisão, em que o acusado e mais três elementos empreenderam fuga ao avistar a polícia, sendo encontrados no local em que estavam e conhecido como ponto de venda de drogas, além da droga (21g de maconha), uma balança de precisão e material para endolar droga, elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, pois evidenciam que o paciente se dedica às atividades criminosas. Rever essa constatação, para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido. (HC 477.806/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 07/12/2018)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, C/C O ART. 40, VI, AMBOS DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 6 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL SEMIABERTO. PLEITO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS, ANTE A PRESENÇA DE MAUS ANTECEDENTES. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. INVIABILIDADE. MONTANTE DA PENA QUE NÃO COMPORTA OS BENEFÍCIOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher

Superior Tribunal de Justiça

cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

[...]

- Dessa forma, apesar de a quantidade da droga apreendida não ter sido muito elevada, tendo havido fundamentação concreta, pelo Tribunal local, para não aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, pois não preenchidos os requisitos legais, concluo que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o paciente não se dedica às atividades criminosas, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do habeas corpus, de cognição sumária. Precedentes.

[...]

- Habeas corpus não conhecido (HC n. 406.667/RS, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, Julgado em 3/10/2017, DJe 11/10/2017).

No que se refere ao regime, extrai-se dos autos que embora as instâncias ordinárias tenham fixado a pena relativa ao crime de tráfico de drogas em patamar que não excede 8 anos, estabeleceram o inicial fechado com base no seguinte fundamento (e-STJ fl. 60):

O regime inicial fechado se revela o mais correto no caso vertente, não pela gravidade abstrata do delito ou pela imposição descrita no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, mas sim porque as circunstâncias em que se deram os fatos traduzem maior reprovabilidade da ação e o envolvimento do apelante com atividades criminosas.

Extrai-se da transcrição supra que as instâncias ordinárias fixaram o regime inicial fechado, mais gravoso que a pena aplicada comporta, com base na hediondez e na gravidade abstrata do crime de tráfico de drogas.

Entretanto, como é cediço, em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistente a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os

Superior Tribunal de Justiça

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.

Ademais, a gravidade abstrata do delito não pode ensejar o recrudescimento do regime prisional, conforme os enunciados das Súmulas n. 718 e 719/STF, que seguem transcritos:

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.

Portanto, tratando-se de réu primário, condenado a pena superior a 4 e que não excede 8 anos de reclusão, com todas as circunstâncias judiciais favoráveis, o paciente faz jus ao regime prisional intermediário para o resgate da pena relativa ao crime de tráfico de drogas, conforme dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Por fim, mantida a reprimenda fixada na origem, incabível a sua substituição por pena restritiva de direitos.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, com fulcro no art. 34, XX, do RISTJ. Contudo, **concedo a ordem ex officio** para fixar o regime inicial semiaberto.

Intimem-se.

Brasília (DF), 04 de outubro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator