

HABEAS CORPUS Nº 537.571 - RJ (2019/0298793-5)

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 : WILLIAM ZUZARTE DE SANTANA GUIMARAES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de WILLIAM ZUZARTE DE SANTANA GUIMARAES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento da Apelação n. 0005777-92.2016.8.19.0068.

Consta dos autos que o paciente foi absolvido pelo juízo singular, da imputação da prática do delito previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 28/30).

Inconformado, o representante do *Parquet* apelou e o Tribunal *a quo* deu provimento ao recurso para condenar o paciente pela prática do crime tipificado no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa (fls. 42/53), por acórdão assim ementado:

“CRIMES CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. LEI DE DROGAS. TRÁFICO. ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO MINISTERIAL, PLEITEANDO A CONDENAÇÃO DO RECORRIDO. DEFERIMENTO.

I – DA PRÁTICA INFRACIONAL A materialidade restou comprovada pelo Auto de Prisão em Flagrante (fls. 2/2v), e pelo laudo de fls. 9/10.

No Laudo de Exame de Entorpecente nº 360/1505/2016, restou consignado terem sido apreendidas 89,5g (oitenta e nove gramas e cinco decigramas) de maconha e 6,9g (seis gramas e nove decigramas) de cocaína.

Por sua vez, a autoria delitiva está comprovada não apenas no

fato de ter sido o réu preso em flagrante, como também nos depoimentos prestados na Delegacia de Polícia e em Juízo pelos Policiais Militares.

Os policiais receberam uma delação anônima mencionando que, na tarde daquele dia, na Travessa Quatro, em frente à casa nº 89, dois indivíduos receberiam materiais entorpecentes para fins de traficância, sendo fornecida a compleição física de ambos os infratores.

Na sequência, diligenciaram ao local para averiguar a procedência das informações.

O Policial Militar (PM) Aislan notou, ao chegar, que um indivíduo havia saído do endereço fornecido e, partindo no seu encalço, conseguiu alcançá-lo, verificando tratar-se do recorrido William Zuzarte. Informou, também, que, segundo o elemento Mateus, já falecido, a droga pertenceria a ele e a Willian, sendo cada qual responsável pela venda de um tipo de material.

Por sua vez, o PM Leonardo encontrou Mateus na varanda da casa, e este lhe disse que estava, juntamente com o recorrido William, a traficar substâncias entorpecentes, mencionando o local onde estavam escondidas.

É interessante mencionar que o recorrido Willian não trouxe aos autos qualquer prova que pudesse corroborar com a versão por ele apresentada de que estaria indo visitar seu avô.

Por fim, verifica-se a existência de contradição entre o recorrido William e Mateus, ao explicitarem o local onde se encontraram pela primeira vez.

O nacional Mateus nos relatou que William foi conduzido até o lugar em que ele estava, na casa. Contudo, ao prestar seus esclarecimentos em Juízo, William disse que só foi apresentado a Mateus na 128ª Delegacia de Polícia, e que não o conhecia, até aquele momento.

Posto isso, impõe-se a condenação do recorrido William Zuzarte de Santana Guimarães pela prática do crime tipificado no artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

II – DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06.

A natureza e a forma de acondicionamento das substâncias entorpecentes, bem como o local em que se deram as apreensões, todas essas provas somadas às uníssonas declarações dos policiais militares, demonstram, à saciedade, que o recorrido se dedicava à traficância com habitualidade e

profissionalismo. Portanto, é inaplicável a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

III – DA APLICAÇÃO DAS PENAS Inexistem circunstâncias judiciais desfavoráveis, circunstâncias agravantes ou atenuantes, causas de aumento ou de diminuição dignas de nota, pelo que se aplica ao recorrido William, em definitivo, as penas de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no patamar unitário mínimo legal.

IV – DO REGIME PRISIONAL Deve ser fixado o regime inicial fechado para início do cumprimento da sanção corporal, por força do que prescreve o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

Bem assim, de acordo com o artigo 42 da Lei nº 11.343/06, combinado com o artigo 33, § 3º, do Código Penal, a qualidade dos materiais entorpecentes apreendidos, caracterizadores de concreta lesividade ao meio social, impõe deva o recorrente iniciar o cumprimento de sua reprimenda privativa de liberdade em regime mais gravoso.

V- DA SUBSTITUIÇÃO Interpretando-se o artigo 44, inciso I, do Código Penal, a contrario sensu, é tecnicamente impossível aplicarmos a substituição da pena privativa de liberdade por reprimendas restritivas de direito, por força da quantidade de sanção aplicada.

VI – DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE O regime prisional fechado para o cumprimento da pena corporal deve ser mantido, pois é o que melhor se amolda ao delito de tráfico, que tem causado grande intranquilidade na sociedade, e às circunstâncias em que a infração penal foi cometida. Além disso, é aquele que mais se concilia com a necessidade de prevenção geral e especial de tão grave crime. É de se reafirmar que a Lei nº 11.464/07 não retirou do tráfico a natureza de crime hediondo, tendo apenas reconhecido a possibilidade de progressão de regime a seus executores, o que não inibe a imposição do regime fechado para o inicial cumprimento da pena. PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL PARA CONDENAR O RECORRIDO WILLIAM ZUZARTE DE SANTANA GUIMARÃES ÀS PENAS DE 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO EM REGIME FECHADO E 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, NO VALOR UNITÁRIO MÍNIMO LEGAL. Ultimada esta Instância, expeça-se o competente mandado de prisão, para que se inicie a execução provisória de seu título penal condenatório, com prazo de 12 (doze) anos”.

No presente *mandamus* (fls. 3/15), a impetrante sustenta estar configurado constrangimento ilegal, pelo afastamento do redutor de pena, previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a despeito de apontar estarem presentes todos os requisitos para a concessão do benefício, uma vez que não há nos autos a indicação de que o paciente se dedique a atividades ou integre organização criminosa. Argumenta que a quantidade de drogas apreendidas não justifica o afastamento do benefício.

Quanto ao regime inicial aplicado, aduz que não pode subsistir a aplicação obrigatória do regime fechado pela alegada hediondez do delito, tendo em vista a inconstitucionalidade do fundamento, nos termos da jurisprudência sedimentada no Supremo Tribunal Federal acerca do tema. Salienta que *no presente caso a pena do Paciente restou estabelecida em 05 anos de reclusão, portanto, dentro dos limites estabelecidos pela lei para o cumprimento no regime semiaberto. Ademais, todas as circunstâncias judiciais foram valoradas de forma positiva, com exceção da quantidade de drogas – 6.9g de cocaína e 89,5g de maconha, a qual não se mostra, por si só, suficiente para agravar a escolha do regime prisional* (fl. 14).

Uma vez reduzida a pena, aduz que o paciente faz jus ao regime inicial mais brando e à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ao final, liminarmente, requer que o paciente aguarde o julgamento da impetração em liberdade ou que seja aplicado o regime inicial semiaberto. No mérito, requer a aplicação do redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima, com a fixação de regime inicial mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi parcialmente deferido (e-STJ fls. 57/62), 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. 84/91, opinou pelo não conhecimento do *writ*, mas com a concessão da ordem de ofício apenas para fixar o regime inicial semiaberto. Confira-se a ementa:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. DIVERSIDADE E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME PRISIONAL. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULAS 440 DO STJ E 719 DO STF. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. QUANTUM DA PENA. IMPOSSIBILIDADE.

- O habeas corpus não merece ser conhecido, uma vez que impetrado em indevida substituição ao recurso cabível (art. 105, III, da CF/88), o que vem sendo rechaçado pelos Tribunais Superiores.

- A quantidade e a variedade de drogas apreendidas, somadas, como no caso, às circunstâncias em que se deu a prisão, são indicativas da habitualidade do paciente no comércio de drogas.

A instância de origem considerou a diversidade e quantidade razoável de drogas apreendidas (89,5g de maconha e 6,9g de cocaína). Com efeito, constatado que o paciente se dedica à atividade criminosa de tráfico ilícito de entorpecentes, não tem ele direito à aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006.

- O Tribunal de origem considerou favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, por isso, fixou a pena-base no mínimo legal. Entretanto, justificou a fixação do regime inicial de cumprimento da pena em razão da hediondez e gravidade abstrata do delito, o que leva à incidência das Súmulas 440/STJ e 719/STF.

- Diante da quantidade de pena imposta (cinco anos de reclusão) não se mostra cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

- Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus e pela concessão da ordem de ofício, apenas para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.

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.

E, na espécie, verifico presente constrangimento ilegal apto a justificar a concessão da ordem de ofício.

No caso, a Corte local, ao reformar a sentença para condenar o paciente pelo crime de tráfico, assim justificou a não aplicação da redutora do tráfico privilegiado ao paciente (e-STJ fls. 68/70):

[...]

A natureza e a forma de acondicionamento das substâncias entorpecentes, bem como o local em que se deram as apreensões, todas essas provas somadas às uníssonas declarações dos policiais militares, demonstram, à saciedade, que o recorrido se dedicava à traficância com habitualidade e profissionalismo.

Portanto, é inaplicável a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

[...]

Assim, ressaí da transcrição supra que a Corte local não aplicou a minorante com base nas circunstâncias da apreensão e declarações dos policiais.

Entretanto, da leitura dos autos, em especial dos depoimentos dos policiais, não se verifica a presença de elementos que permitam concluir com clareza que o paciente integra organização criminosa ou se dedica ao tráfico de forma habitual, revelando-se inidônea, em consequência, a motivação utilizada para o decote do privilégio.

Em hipóteses análogas, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO.

INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADA À PENA CORPORAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME PRISIONAL FECHADO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE PRIMÁRIA E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO QUE NÃO LEVAM À CONCLUSÃO DA DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES ILÍCITAS. RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. VARIEDADE E NOCIVIDADE DE UMA DAS DROGAS APREENDIDAS. FRAÇÃO REDUTORA DE 1/3 APLICADA. PENA REDUZIDA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. NOCIVIDADE DO ENTORPECENTE QUE POSSIBILITA A FIXAÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM O BENEFÍCIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. ACÓRDÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO PARA ACUSAÇÃO E DEFESA. CASSADA LIMINAR ANTERIORMENTE DEFERIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organização criminosa. Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução retromencionada, 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, juntamente com as circunstâncias do delito, a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.

- Hipótese em que a quantidade das drogas apreendidas não foi tão elevada a ponto de indicar, juntamente com as circunstâncias do delito, a dedicação da acusada, que é primária, às atividades ilícitas, de modo que a fundamentação utilizada pelo acórdão recorrido não se sustenta para, no caso em tela, afastar a figura do tráfico privilegiado.

[...]

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida ex officio, para, cassando a liminar deferida, reconhecer o privilégio e, em decorrência, reduzir as penas da paciente para 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 388 dias-multa (HC 385.243/SP, de minha relatoria, Quinta Turma, DJe 28/3/2017).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DE DROGA NÃO EXPRESSIVA. AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DA PACIENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. APLICABILIDADE DO ÍNDICE EM METADE. SUFICIENTE. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉ PRIMÁRIA E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o quantum dessa redução, 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. Precedentes.

4. Hipótese em que a falta de ocupação lícita pelo agente e a inexpressiva quantidade de droga apreendida (23,6 g de cocaína) não justificam o afastamento do redutor pelo tráfico privilegiado. A múngua de elementos concretos que indiquem a dedicação da paciente a atividades criminosas, e considerando sua primariedade e bons antecedentes, é suficiente a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em patamar médio (1/2), atento aos vetores do art. 42 da Lei. Manifesta ilegalidade verificada.

[...]

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/2, ficando a pena final em 2 anos e 6 meses de reclusão, mais pagamento de 250 dias-multa, bem como para fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser fixada pelo Juízo das Execuções (HC 378.556/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 15/2/2017).

Portanto, tendo em vista a primariedade e os bons antecedentes do paciente, bem como a ausência de indicação concreta de que se dedique ou integre organização criminosa, conforme acima expendido, inafastável a aplicação ao caso do redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Passo, portanto, ao ajuste da reprimenda.

Mantidas as penas fixadas na origem em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, ao término da segunda fase da dosimetria, aplico a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, na fração de 2/3, pois a quantidade de entorpecentes não é expressiva - *6.9g de cocaína e 89,5g de maconha*, razão pela qual torno a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, e 166 dias multa, uma vez que ausentes outras causas modificativas.

Quanto ao regime de cumprimento da reprimenda e substituição da pena, tratando-se de paciente primário, condenado a pena inferior a 4 anos de reclusão, com circunstâncias judiciais favoráveis, além da não expressiva quantidade dos entorpecentes apreendidos – *6.9g de cocaína e 89,5g de maconha* (e-STJ, fl. 20) –, entendo que faz jus ao regime aberto e à substituição por restritivas de direitos, a teor do disposto nos arts. 33, §§ 2º, "c", e 3º, e 44, ambos do Código Penal.

Ante o exposto, com base no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno do STJ, **não conheço** do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem, de ofício**, para redimensionar a pena do paciente para **1 ano e 8 meses de**

Superior Tribunal de Justiça

reclusão e 166 dias-multa, além de fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a critério do Juízo das Execuções Criminais.

Publique-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator