

HABEAS CORPUS Nº 481.311 - MS (2018/0317815-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
CACILDA KIMIKO NAKASHIMA - MS003840B
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ANTONIO CARLOS FERREIRA DE ARAUJO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de **ANTONIO CARLOS FERREIRA DE ARAUJO**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Consta dos autos que, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa.

Irresignada, a defesa apelou à Corte de origem, pugnando pela desclassificação da conduta para o delito previsto no art. 28 da Lei de Drogas. Subsidiariamente, pleiteou o reconhecimento do tráfico privilegiado; a aplicação da atenuante da confissão espontânea; a redução da pena-base para aquém do mínimo; o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena.

Neste *mandamus*, alega a impetrante que o paciente é primário, possui bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa, ou seja, preenche os critérios objetivos e subjetivos para a concessão da benesse do tráfico privilegiado. Aduz que o óbice para o afastamento da benesse pleiteada foi a presunção de dedicação a atividades criminosas por suspeita de ponto de venda e que o paciente não foi sequer denunciado pelo delito de associação para o tráfico.

Sustenta, também, ser desproporcional a pena de cinco anos em regime semiaberto para um réu primário, tendo em vista a pouca quantidade de droga apreendida, 66g de maconha (e-STJ, fl. 5).

Requer a concessão da ordem a fim de que seja: a) reconhecida a benesse do tráfico privilegiado; b) abrandado o regime prisional; c) substituída a pena corporal por restritiva de direitos; e d) afastada a hediondez do delito (e-STJ, fl. 11).

Liminar indeferida (e-STJ, fl. 292).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* e pela concessão da ordem, de ofício (e-STJ, fls. 341).

É o relatório.

Decido.

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Passo, assim, ao exame das alegações da defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem, de ofício.

Vejamos:

Em primeiro grau, o Juiz sentenciante exclui a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 **sem a indicação de qualquer motivação**.

O Tribunal de origem manteve afastada a minorante nos seguintes termos:

"[...]

b) Do reconhecimento da diminuição de pena referente ao tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06).

O pedido deve ser rejeitado:

Por mais que o réu seja primário, existem provas contundentes, por meio dos depoimentos policiais e da irmã do réu, que indicam que ele vinha se dedicando à prática criminosas, pois já era de conhecimento dos vizinhos à traficância a algumas semanas, além de que, a sua residência era conhecida como ponto de venda.

Assim, afasto a pretensão" (e-STJ, fl. 260).

No acórdão que julgou os embargos infringentes consta:

"Na fase inicial, o policial militar Francisco Corrêa Cavassa (fls.07-08) ressaltou que a droga foi contada totalizando vinte e nove (29) papérolas, invólucros e pedaços de sacos plásticos de cor azul; (...) que questionado sobre os papérolas, o mesmo relatou que se tratava de maconha e que o mesmo havia buscado a droga no país vizinho, na Bolívia para revende-la aqui na cidade de Corumbá-MS.

Em juízo, sob o crivo do contraditório, ratificou esse relato e enfatizou que a irmã do réu, ora embargante, havia entrado em contato com o Centro Integrado de Operações de Segurança, à época, justamente para informar que aludido acusado desenvolvia tráfico de substâncias entorpecentes na residência da família, razão pela qual a guarnição se dirigiu ao local, oportunidade em que o flagraram mantendo em depósito, para fins de mercancia, 29 trouxinhas de maconha, na gaveta de um dos cômodos da casa (fl. 146 SAJ).

De semelhante tom o depoimento do policial militar Lino Gonçalves Júnior na fase inicial (fls. 10/11).

"[...]

Por outro prisma, é de se ver que o acusado foi abordado e flagrado por policiais militares, aos quais confessou o cometimento da traficância em tela, e, em momento posterior, ouvido na delegacia de polícia, por delegado de polícia civil, repetiu a confissão, afigurando-se inverossímil, pois, notadamente à míngua de provas seguras a respeito, que tais profissionais, conquanto integrantes de corporações distintas, tenham estabelecido conluio unicamente para incriminar inocente, que sequer conheciam.

Aliás, a confirmar ainda mais o entendimento aqui esposado se afiguram as declarações prestadas na fase extrajudicial por Ana Carla Ferreira de Araújo, irmã do embargante, no sentido de que realmente acionara a polícia para denunciar seu irmão, pois queria evitar fosse envolvida, assim como sua família, com tráfico de drogas, uma vez que moravam todos naquela mesma residência.

Acrescentou ter presenciado a diligência policial, durante a qual foi encontrada a droga e preso seu irmão. **Salientou ter sido a primeira vez que viu seu irmão vendendo drogas na residência, mas vizinhos haviam lhe informado que tal mercancia já se desenvolvia havia algumas semanas.**

Insta notar, também, que o entorpecente se revelava fracionado em 29 trouxinhas, prontos para a venda, a realçar, nesse contexto, a traficância que perdurava.

Destarte, a simples alegação de vício, por si só, não induz necessariamente à desclassificação, porquanto perfeitamente conhecida a figura do usuário-traficante." (grifo nosso).

A teor do disposto no § 4º do art. 33 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.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os tribunais superiores têm decidido que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (HC 401.121/SP, rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, j. 27/6/2017, DJe 1/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, j. 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

No caso, verifica-se que a instância antecedente, embora tenha certificado a primariedade e os bons antecedentes do paciente, negou-lhe o tráfico privilegiado fundado nos depoimentos policiais e da irmã do acusado de que ele se dedicaria habitualmente ao narcotráfico.

Entretanto, da leitura atenta dos autos, observa-se que os testemunhos policiais têm como base, exclusivamente, a *notitia criminis* apresentada pela irmã do paciente, que, segundo relatou, seria "a primeira vez que viu seu irmão vendendo drogas na residência, mas vizinhos haviam lhe informado que tal mercancia já se desenvolvia havia algumas semanas".

Sob tal contexto, ao que tudo indica, o paciente, reconhecidamente primário e surpreendido com ínfima quantidade de droga (66g de maconha), está há pouco tempo na prática da atividade ilícita, sendo justamente o tipo de traficante, inicial e de pequeno porte, a quem o legislador quis beneficiar com a norma em questão. Logo, é devida a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração máxima (2/3).

Confirmam-se, a propósito, estes precedentes:

"REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA. POSSIBILIDADE.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação da reprimenda, devem

ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, e, especialmente, a natureza e a quantidade de droga, a teor do disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. Ainda que o *crack* tenha um alto poder de lesividade, a inexpressiva quantidade de tóxicos apreendidos, aliados à favorabilidade das outras circunstâncias judiciais, recomenda a aplicação da causa de diminuição em seu grau máximo, ou seja, 2/3 (dois terços).

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 1044533/ES, rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, j. 25/4/2017, DJe 5/5/2017.)

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 NO PATAMAR MÁXIMO. QUANTIDADE DE DROGA INEXPRESSIVA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS A DEMONSTRAR QUE A PACIENTE NÃO SEJA PEQUENA TRAFICANTE. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO E NA QUANTIDADE DE DROGA. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. PRIMARIEDADE E MONTANTE DA PENA QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL ABERTO.

1. De acordo com o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de um sexto a dois terços da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. Na hipótese dos autos, a Corte *a quo*, embora tenha reconhecido a primariedade da paciente, a ausência de maus antecedentes e evidências de que integrasse organização criminosa, reformou a sentença, aplicando o supracitado redutor na fração mínima, com base na quantidade da droga apreendida, concluindo não se tratar de pequeno traficante. Contudo, a quantidade de entorpecente apreendida, 17 porções de cocaína, não se mostra suficiente para se chegar a tal conclusão, à míngua de elementos concretos.

[...]

5. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 381.399/SP, rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, j. 25/4/2017, DJe 8/5/2017.)

Passo, portanto, à readequação da pena.

A pena-base parte de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Na segunda fase, ausentes circunstâncias atenuantes ou agravantes a serem consideradas, a sanção permanece inalterada. Na etapa final, aplicado o redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas em 2/3, a pena fica definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.

O regime prisional também merece alteração, pois, estabelecida a pena em patamar inferior a 4 anos de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime aberto é o adequado para a reprovação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.

A propósito:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO. ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal – CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo, de acordo com o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. *In casu*, em razão da primariedade do paciente, do *quantum* de pena aplicado, inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, 'c', do CP), da inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP), bem como da fixação da pena-base no mínimo legal, o regime a ser imposto deve ser o aberto. Precedentes.

3. A quantidade e/ou natureza dos entorpecentes é fundamentação idônea para justificar a vedação da substituição da pena por medidas restritivas de direitos, de acordo com o disposto no inciso III do art. 44, do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

Na hipótese, constata-se que, o Tribunal *a quo* fundamentou a vedação da substituição da pena por restritiva de direitos com base na gravidade concreta do delito, revelada pela variedade de drogas apreendidas.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, ratificando a liminar anteriormente deferida, fixar o regime inicial aberto para cumprimento de pena."

(HC 379.637/SP, rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, j. 16/2/2017, DJe 24/2/2017.)

Pelas mesmas razões acima expostas (primariedade do agente e circunstâncias judiciais favoráveis), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de execução. O STJ e o STF entendem que não existe óbice na Lei de Drogas para a concessão do citado benefício, quando preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal (HC 377.765/SP, rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, j. 6/6/2017, DJe 13/6/2017.)

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas, de ofício, **concedo** a ordem de ofício fixar a pena do paciente em 1 ano e 8 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, além do pagamento de 166 dias-multa, e substituo a

pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da execução.

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator

