

HABEAS CORPUS Nº 484.318 - SP (2018/0335012-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUIZ EDUARDO KAWANO DIAS - SP236099
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : NATALINA APARECIDA CARDOSO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, sem pedido liminar, impetrado em favor de NATALIA APARECIDA CARDOSO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal n. 0005109-82.2014.8.26.0073.

Consta dos autos que a paciente foi condenada, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 6 anos de reclusão e 600 dias-multa, em regime inicial fechado, pela prática do delito tipificado no **art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006** (e-STJ fls. 22/30).

Irresignada, a defesa apelou e o Tribunal estadual negou provimento ao recurso, para manter incólume a sentença primeva (e-STJ fls. 32/49). Segue a ementa do acórdão:

APELAÇÃO – Tráfico de D rogas – Preliminar – Nulidade – Invasão domiciliar – Inadmissibilidade – Crime de natureza permanente – Preliminar rejeitada. Tráfico de drogas – Materialidade e autoria delitivas nitidamente demonstradas – Versão da ré restou isolada nos autos – Falas dos policiais militares firmes e coerentes – Depoimentos que se revestem de fé-pública, corroborados pelo conjunto probatório – Ausência de provas de que teriam intuito de prejudicar a ré Condenação era de rigor ~ Pena-base fixada acima do mínimo legal, em face da quantidade de drogas ~ Redução Impossibilidade – Aplicação do redutor previsto no parágrafo 4º do art. 33 da Lei 11343/06 – Não cabimento - Regime inicial fechado mantido – Substituição da pena por restritiva de direito – Impossibilidade – Recurso defensivo não provido.

No presente *writ* (e-STJ fls. 1/10), a impetrante afirma que o

acórdão recorrido impôs constrangimento ilegal à paciente, na medida em que manteve a exasperação da sua pena-base em 1/6, sem fundamentação idônea, tendo em vista que a quantidade de entorpecente apreendido (3,3 gramas de crack), não se afigura tão expressiva. Assere, também, que a paciente é primária, possui bons antecedentes e não há indícios de que integrava organização criminosa, de modo que faz jus à incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração máxima de 2/3.

Diante disso, requer o redimensionamento da pena da paciente, com a fixação da pena-base no piso legal e a aplicação da redutora do tráfico privilegiado em 2/3 e, por conseguinte, a aplicação de regime menos gravoso e a substituição da reprimenda.

Por estarem os autos suficientemente instruídos, foi dispensado o envio de informações, e o Ministério Público Federal, em parecer exarado às e-STJ fls. 55/61, opinou pelo não conhecimento do *mandamus*, mas pela concessão parcial da ordem, de ofício, para reduzir a pena-base e aplicar a minorante do tráfico privilegiado, reavaliando-se, após a nova dosimetria, a possibilidade de substituição 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.

Conforme relatado, busca a impetrante, em suma, o redimensionamento da pena da paciente e, por via de consequência, a fixação de regime prisional menos gravoso e a substituição da reprimenda.

I. Pena-base

Preliminarmente, cabe ressaltar que, em se tratando de crime de

tráfico de drogas, como ocorre *in casu*, o juízo, ao fixar a pena, deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006, *in verbis*:

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Sob essas premissas, ao julgar a apelação criminal, o relator do voto condutor do acórdão manteve a pena-base da paciente, nos seguintes termos (e-STJ fl. 43, destaquei):

[...]

Com relação dosimetria penal, a r. sentença não merece reparo.

A douta Magistrada atenta às circunstâncias do artigo 59 do CP, bem como o artigo 42 da Lei n.º 11343/06, fixou as penas acertadamente acima do mínimo legal, ou seja, em 06 anos de reclusão e 600 dias-multa, eis que, embora ela fosse primária, em decorrência da quantidade de droga apreendida no local.

Em que pesem as considerações da douta defesa, o aumento da pena-base acima do mínimo foi correto e como tal deve ser mantido, eis que restou devidamente fundamentado, tendo em vista que a quantidade de droga apreendida com ela se mostra apta a justificar o acréscimo.

Anote-se que, embora a acusada estivesse guardando cerca de 3,3 g de crack, todavia, estas estavam distribuídas em 27 porções de crack, portanto, além de ser uma droga considerada altamente lesiva ao cérebro, podendo causar morte e induzir facilmente a dependência, poderia atingir inúmeros pessoas e acarretar com facilidade o vício, o que demonstra maior reprovabilidade em sua conduta, sendo que, a quantidade se relaciona com a culpabilidade, circunstância judicial desfavorável para exasperar a pena.

Pela leitura do recorte acima, observa-se que a pena-base afastou-se 1 ano do piso legal, com base na natureza da droga apreendida

(3,30 gramas de crack). Entretanto, reputo desarrazoado o incremento operado, porquanto a quantidade de entorpecente não é tão expressiva a ponto de extrapolar o necessário à própria tipificação do crime.

Dessa forma, reduzo a pena-base da paciente para o patamar mínimo de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

II. Reconhecimento da minorante pelo tráfico privilegiado

Quanto ao tema, cumpre observar que nos termos do § 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 integrarem organizações criminosas**.

Essa causa especial de diminuição de pena tem por objetivo conferir tratamento mais benéfico aos traficantes iniciantes e não imersos na prática criminosa.

A partir dessa premissa e com base no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que a quantidade e a natureza das drogas apreendidas podem servir de parâmetro para a modulação da fração de diminuição ou até impedir a incidência do benefício quando evidenciar o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico. Nesse sentido, dentre outros: AgRg no REsp n. 1.644.417/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 29/3/2017; HC n. 385.437/SP, de minha relatoria, DJe 27/3/2017; HC n. 324.284/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 8/3/2016.

Sob essas diretrizes, ao denegar a incidência da minorante à paciente, o Tribunal paulista asseverou que (e-STJ fls. 43/46, grifei):

[...]

A Juíza a quo deixou de aplicar a redução prevista no artigo 33, §4º da Lei 11.343/06, porque a quantidade de droga revela que a ré dedicava-se freqüentemente à atividade criminosa.

[...]

No caso dos autos, a acusada foi detida com certa quantidade de drogas, para fins de depósito e venda a terceiros, além de ter sido encontrada uma quantidade de dinheiro, em notas variadas, demonstrando que ela se dedicava com habitualidade a atividade criminosa do tráfico de drogas e segundo relato dos policiais, o local era conhecido como ponto de venda de drogas.

[...]

À luz das peculiaridades do caso em tela, é inegável que a quantidade de droga apreendida e o contexto da apreensão, bem como o fato dela dedicar-se a atividade criminosa, impedem a aplicação do redutor previsto no §4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06.

O STJ decidiu que a elevada quantidade de droga pode ser um indicativo de participação do agente em organização criminosa, afastando a aplicação do §4º, artigo 33 da Lei nº 11.343/06, mesmo em se tratando de ré primária, com bons antecedentes, como no caso ora em exame:

[...]

Desse modo, impossível a aplicação redutor do artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06.

Pela leitura do recorte acima transcrito, constato que o benefício foi negado à paciente com base, apenas, em elementos circunstanciais e genéricos ao crime, consubstanciados na quantidade e nocividade do entorpecente apreendido, o que não se coaduna com os requisitos exigidos para o afastamento da minorante. Ademais, na espécie, a quantidade do entorpecente – 3,30 gramas de crack – é insuficiente para a conclusão de que a paciente se dedicava ao tráfico de forma habitual, tampouco é indicativa de que ela integrava organização criminosa.

Assim, em virtude da primariedade e dos bons antecedentes da paciente, o redutor comporta aplicação, inclusive em sua fração máxima, segundo as diretrizes do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, visto que a quantidade apreendida não se revela expressiva.

Em hipóteses análogas, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

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. APLICABILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. PEDIDO PREJUDICADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. É manifestamente desproporcional a redução da pena em 1/3, pela incidência da referida minorante, com fulcro na natureza da droga e na alegação genérica da gravidade do delito, quando ínfima a quantia de entorpecente apreendido (2,32 g de crack), aliada ao fato de que o paciente é primário, de bons antecedentes e não há prova de que se dedica habitualmente a atividades delitivas. Aplicação do índice de diminuição em 2/3. Precedente.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, no grau máximo (2/3), tornando a pena definitiva do paciente em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão mais o pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, bem como para substituir a sanção corporal por pena restritiva de direitos, a ser fixada pelo Juízo da execução. (HC n. 302.732/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 23/5/2017, DJe 26/5/2017)

[...] FRAÇÃO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. VOLUME DE ENTORPECENTE APREENDIDO QUE NÃO SE REVELA EXCESSIVO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS.

1. O § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de um sexto a 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. 2. Tendo em vista a favorabilidade das circunstâncias judiciais e a pequena quantidade de droga apreendida, mostra-se razoável e proporcional ao caso a redução da reprimenda em 2/3 (dois terços).

[...]

2. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício

para reduzir a pena imposta ao paciente para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial aberto, mais pagamento de 166 dias-multa. (HC n. 373.375/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 4/5/2017, DJe 11/5/2017)

Dessa forma, na terceira fase da calibragem, aplico a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 2/3, razão pela qual a pena da paciente fica definitivamente balanceada em 1 ano e 8 meses de reclusão, além de 166 dias-multa.

III. Regime de cumprimento da pena e substituição

Em virtude do redimensionamento da pena para patamar não superior a 4 anos de reclusão, da primariedade da paciente e do fato de não haverem sido apontadas circunstâncias judiciais desfavoráveis, resulta cabível o regime inicial aberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º, "c", e 3º, do Código Penal.

Ademais, encontram-se preenchidos os pressupostos previstos no art. 44 do Código Penal, razão pela qual é possível a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Ante o exposto, com base no art. 34, XX, do RISTJ, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para reduzir a pena da paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão, além de 166 dias-multa, em regime inicial aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais.

Comunique-se com urgência o Tribunal impetrado e o Juízo de primeiro grau.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 08 de fevereiro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator

