

HABEAS CORPUS Nº 480.962 - DF (2018/0314978-0)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADOS : FERNANDO ANTÔNIO CALMON REIS - DF008161
DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS
TERRITÓRIOS
PACIENTE : ABRAÃO CABRAL DE ALMEIDA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de ABRAÃO CABRAL DE ALMEIDA no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicialmente aberto, e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, sendo substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos (e-STJ fls 68/77), tendo em vista que (e-STJ fls. 64/65):

No dia 21 de setembro de 2017, entre 16h10e 16h20, na Quadra 23, Conjunto N, Lote 7, Paranoá/DF, o segundo denunciado, consciente e voluntariamente, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, trazia consigo, para fins de difusão ilícita, 01 (uma) porção da droga vulgarmente conhecida como maconha, envolta de plástico verde, perfazendo massa bruta de 15,42g (quinze gramas e quarenta e dois centigramas). No mesmo contexto, os dois denunciados tinham em depósito 02 (duas) porções da mesma substância, prensadas no formato de tijolos, envoltas em camadas de fita adesiva e de filme plástico transparente, perfazendo a massa bruta de [1,172kg – um quilo e cento o setenta e dois gramas], 01 (uma) porção de sementes, da droga vulgarmente conhecida como maconha, acondicionada em pequeno recipiente plástico com tampa, perfazendo a massa bruta de 38g (trinta e oito gramas), 01 (uma) porção da mesma substância, envolta em filme plástico, perfazendo a massa bruta de 19,16g (dezenove gramas e dezesseis centigramas), 06 (seis) porções da droga vulgarmente conhecida como maconha, uma sem acondicionamento específico, quatro individualmente envoltas em filme plástico e uma, fragmentada. Tais porções apresentavam massa bmta de 312g (trezentos e doze gramas). Além das drogas, foram localizados uma balança digital de mesa da marca AGUIA URSO, SF-400 e uma faca com o cabo revestido em madeira. (Grifei.)

Interposta apelação pelas partes, os desembargadores da Terceira Turma Criminal negaram provimento ao recurso defensivo e proveram parcialmente a insurgência ministerial a fim de afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, readequar a reprimenda pra 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, alterar o regime prisional para o intermediário e excluir a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (e-STJ fls. 12/27).

Recebeu o acórdão esta ementa (e-STJ fl. 12):

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. DÚVIDAS RAZOÁVEIS QUANTO À AUTORIA. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS MANTIDA. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ARTIGO 33, § 4º DA LEI 11.343/2006. EXCLUSÃO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Inexistindo prova nos autos a indicar com a certeza necessária que o réu mantinha em depósito substância entorpecente para difusão ilícita, mantém-se a absolvição.

II - O c. STJ firmou entendimento no sentido de que, embora inquéritos e condenações não transitadas em julgado, ou ainda em curso, por fatos posteriores, não possam ser considerados para fins de reconhecimento de Maus Antecedentes e da reincidência, consoante a Súmula 444, podem servir para firmar uma conclusão acerca da dedicação do réu a práticas delitivas, tal como na espécie

III - Recurso parcialmente provido.

No Superior Tribunal de Justiça, a Defensoria Pública aponta constrangimento ilegal decorrente do afastamento da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Sustenta que foram utilizados três processos em andamento para a decotação da minorante, uma vez que não houve o devido trânsito em julgado.

Defende que, "se ações penais em andamento não se mostram hábeis a configurar os Maus Antecedentes, de acordo com a Súmula 444 do STJ, não há como sustentar que essas mesmas ações permitam concluir a vivência delitiva do agente, evidenciando a dedicação a atividades criminosas, sob pena de violação ao princípio da presunção de inocência, além da notória contrariedade" (e-STJ fl. 6).

Assevera que, por ocasião da prática do delito a que se refere estes autos, o paciente era primário, portador de bons antecedentes, não se dedicando a atividades criminosas nem integrando organização criminosa, preenchendo, portanto, todos os requisitos exigidos para a aplicação do pretendido redutor, sendo inviável a utilização de ações penais em curso para afastar a benesse sob a alegação de envolvimento com atividades criminosas.

Dessa forma, requer a concessão da ordem a fim de que seja reconhecido o tráfico privilegiado ao paciente (e-STJ fls. 3/11).

É, em síntese, o relatório.

Objetiva a defesa, na presente impetração, a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 sob o argumento de que ações penais sem o devido trânsito em julgado não servem para afastar a minorante com fundamento na prática de atividades criminosas pelo acusado.

Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

De acordo com o aludido art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Na hipótese, o Tribunal de Justiça assim se manifestou ao realizar o cálculo dosimétrico (e-STJ fls. 23/25):

DO RÉU ABRAÃO CABRAL DE ALMEIDA

Na primeira fase, a MM. Juíza a quo considerou, para fixar a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão, ou seja, 1 (um) ano acima do mínimo legal (5 anos), o disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, considerando a grande quantidade da droga apreendida (1.466,23g) (fl. 193).

Ressalte-se tal operação está baseada em fato concretamente apurado, além de se que se figura razoável, porquanto o legislador

não impôs a observância de qualquer critério lógico ou matemático para o cálculo da pena, dando ao Juiz margem ao exercício da discricionariedade regrada, que deve sempre observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade ao dosar a reprimenda, objetivando o estabelecimento da sanção suficiente para prevenir e reprimir o crime.

Considerando, portanto, que as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito variam entre 5 (cinco) e 15 (quinze) anos de reclusão, entende-se que a majoração da reprimenda em 1 (um) ano, em face da relativa quantidade de entorpecente apreendida, atende aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena. Assim, deve ser mantida a pena-base fixada alhures em 6 (seis) anos de reclusão [...]

Na segunda fase, a i. Sentenciante reconheceu as atenuantes de menoridade relativa ao tempo do crime, assim como a da confissão espontânea, importando em redução da pena em 1 (um) ano.

No particular, não se vislumbra erro que mereça correção, tendo em vista que o apelado nasceu em 10/04/1999 e, portanto, na data do crime (21/09/2017), tinha 18 (dezoito) anos. Da mesma forma, verifica-se que a confissão do apelado foi utilizada para fundamentar a condenação, em razão disso, reputa-se correto seu reconhecimento, assim com o valor da redução da pena intermediária ao mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão.

No particular, ressalte-se que, embora reconhecidas duas circunstâncias atenuantes, a pena não poderia ser fixada aquém do mínimo legal cominado, conforme entendimento sedimentado na Súmula 231 do STJ.

Na terceira fase, a d. Magistrada reduziu a pena em 2/3 (dois terços), fixando-a em 1 (um) ano e 8 (oito) meses, em razão da causa de redução de pena prevista no §4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, ao argumento de que o réu é primário e não restou comprovado que se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

Contra isso o Ministério Público se insurge, alegando que é incabível a redução, considerando que restou demonstrado que o apelado se dedica a atividades criminosas.

Assiste razão ao apelante.

De acordo com o disposto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, os requisitos para a aplicação da redução da pena são: a primariedade, os bons antecedentes, a não dedicação a atividades ilícitas e a não participação do réu em organização criminosa.

É bem verdade que o acusado é primário, possui bons antecedentes, no entanto, consta que responde a processos, referentes a crimes de roubo majorado com emprego de arma e concurso de agentes (fls. 165/167), ocorridos em 18/08/2017 (art. 157, 2º, inc. I e II do CP), em 20/09/2017 (art. 157, §2º, inc. I e II do CP) e 02/10/2017 (art. 157, §2º, inc. I e II do CP), o que demonstra que Abraão Cabral de Almeida se dedica a atividades criminosas, embora não haja provas de que integre organização

criminosa.

Nesse sentido o c. STJ firmou entendimento no sentido de que, embora inquéritos e condenações não transitadas em julgado, ou ainda em curso, por fatos posteriores, não possam ser considerados para fins de reconhecimento de maus antecedentes e da reincidência, consoante a Súmula 444, podem servir para firmar uma conclusão acerca da dedicação do réu a práticas delitivas, tal como na espécie [...]

Assim, ao expurgar a redutora do § 4º, do art. 33 da LAD, apura-se a pena final em 5 (anos) anos de reclusão DA PENA PECUNIÁRIA

Levando-se em conta a alteração da pena privativa de liberdade, nesta sede efetuada, ou seja, restou fixada no mínimo legal, bem como o princípio da proporcionalidade em relação à pena de multa, hei por bem fixá-la em 500 (quinhentos) dias-multa, à razão de 1/30 (um trlégimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.(Grifei.)

O Tribunal a quo entendeu pelo afastamento do redutor, pois, apesar de não haver condenação transitada em julgado por outros delitos, "*o paciente responde a outros processos referentes a crimes de roubo majorado com emprego de arma e concurso de agentes, ocorridos em 18/08/2017 (art. 157, 2º, inc. I e II do CP), em 20/09/2017 (art. 157, §2º, inc. I e II do CP) e 02/10/2017 (art. 157, §2º, inc. I e II do CP)*" – e-STJ fl. 24, o que, por si só, constitui fundamento capaz de afastar a aplicação da causa especial de diminuição da pena.

Tal entendimento está em consonância com o entendimento firmado por esta Corte acerca do tema, senão vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. EXISTÊNCIA DE PROCESSOS CRIMINAIS EM CURSO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS CONFIGURADA. NÃO INCIDÊNCIA DA MINORANTE IN CASU. GRANDE QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL QUE JUSTIFICA A IMPOSIÇÃO DO REGIME PRISIONAL MAIS SEVERO E A IMPOSSIBILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DE PENA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A existência de inquéritos policiais ou de ações penais em andamento não possui o condão de exasperar a reprimenda-base, consoante o enunciado na Súmula n. 444 deste Superior Tribunal. Contudo, esta Corte firmou entendimento de que a existência de outros processos criminais contra o acusado, ainda que sem condenação transitada em julgado, afasta a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Precedentes.

[...]

3. *Agravo regimental a que se nega provimento* (AgRg no REsp 1678417/GO, Minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 30/04/2018).

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. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA EVIDENCIADA. [...] ORDEM NÃO CONHECIDA.

[...]

3. *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 (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).*

4. *O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula 444 do STJ), podem afastar a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitem concluir que o agente é habitual na prática delitiva.*

[...]

8. *Habeas corpus não conhecido* (HC 359.728/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 20/03/2018).

Ante o exposto, **denego a ordem** de habeas corpus.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 15 de fevereiro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator