

HABEAS CORPUS Nº 478.283 - SP (2018/0297585-0)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : ERIK TADAO THEMER
ADVOGADO : ERIK TADAO THEMER - SP172145
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SARAH SOARES FERREIRA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de SARAH SOARES FERREIRA contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos que a paciente foi condenada, em sentença confirmada em 2ª instância, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, às penas de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa.

Sustenta neste *writ*, em suma, estarem preenchidos os requisitos legais para o reconhecimento do tráfico privilegiado, sendo inidônea sua negativa em decorrência da apreensão de *34,69 gramas de substância que continha o princípio ativo da cocaína, o que não permite concluir que a Paciente se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa* (fl. 6).

Requer, assim, seja aplicado o redutor do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, com o consequente abrandamento do regime prisional e substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, o Ministério Público Federal ofertou parecer pela denegação da ordem (fls. 75/85).

É o relatório.

DECIDO.

O Tribunal de Justiça negou o reconhecimento do tráfico privilegiado e manteve o regime inicial mais gravoso aos seguintes fundamentos (fl. 71):

A pena base foi fixada no mínimo legal, porque consideradas favoráveis as circunstâncias do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei 11.343/06.

Na segunda fase, apesar de reconhecida a atenuante da confissão espontânea, não houve reflexo na pena, respeitando-se os termos da Súmula 231 do C. Superior Tribunal de Justiça.

Já na terceira fase, em que pese o pleito defensivo, a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, não procede, vez que as circunstâncias do delito e da prisão em flagrante da ré demonstram a habitualidade no exercício do comércio ilícito pela apelante.

Veja-se que pela prova oral, houve denúncia de que a ré guardava entorpecentes em sua casa e, diligenciado o local, foram apreendidos cerca de 35g de cocaína, além de uma balança de precisão e de embalagens para a individualização da droga, sendo que a ré confirmou que a guardava em troca de dinheiro, por estar desempregada, tudo a demonstrar o exercício da prática ilícita de forma habitual.

Note-se que o redutor de pena se aplica ao traficante eventual, nunca ao contumaz. Traficante eventual, exemplificando, é aquele viciado que fica sem droga para seu consumo, recorrendo, então, a outro amigo viciado que, ocasionalmente lhe fornece, a qualquer título, parte de seu entorpecente.

Com efeito, em atenção ao art. 42 da Lei n.º 11.343/06, a quantidade razoável de droga apreendida, a natureza nefasta (cocaína) e os apetrechos típicos da traficância (balança de precisão e embalagens vazias), dão mostras de que a apelante se dedicava à atividade criminosa, sendo fatores determinantes para não se aplicar o redutor da pena previsto no § 4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06.

O regime inicial fechado é mais adequado ao caso concreto e de acordo com os parâmetros de suficiência e reprovabilidade da conduta criminosa, e com a personalidade delitiva da ré. Ademais, a gravidade do crime cometido pela apelante assim o recomenda, sendo comparado a crime hediondo, o que enseja a aplicação, inicialmente, de um regime mais severo, mostrando à sociedade a eficaz repressão a esse tipo de delito.

A propósito, nesse sentido a jurisprudência:

[...]

Ainda, a apelante não preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, de modo que não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. O crime de tráfico de drogas é nefasto, causador de grande desassossego social, pelo que é preciso maior reprovabilidade àqueles que enveredam para a prática de tal conduta ilícita.

Assim, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ou qualquer outro benefício, sob pena de indisfarçável impunidade, na contramão do anseio social voltado para a melhoria da segurança pública.

[...]

Constata-se que, no presente caso, o acórdão combatido apontou fundamento consubstanciado na quantidade e natureza da droga apreendida – 34,69g de cocaína –, além da apreensão de balança de precisão e de embalagens para a individualização encontradas na casa da paciente (fl. 18), com o objetivo de afastar a aplicação da benesse estabelecida no § 4º do art. 33 da Lei 11.434/06.

No entanto, não obstante a natureza danosa dos estupefacientes, entende esta Corte Superior que a quantidade não relevante e a ausência de circunstâncias adicionais (inserção em grupo criminoso de maior risco social, atuação armada, envolvendo menores ou com instrumentos de refino da droga, etc.), desautoriza a exasperação da pena-base, a vedação à minorante do tráfico, o agravamento do regime prisional ou a negativa à substituição das penas.

A propósito:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. *Precedentes.*

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

(...)

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE INJUSTIFICADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

2. Atendidos os pressupostos legais à aplicação do benefício, imperiosa a mitigação da pena nos termos do supracitado dispositivo legal.

3. 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).

REGIME INICIAL. DESPROPORCIONALIDADE AO QUANTUM FINAL DA PENA. ALTERAÇÃO PARA O MODO ABERTO E PERMUTA POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Tratando-se de condenado à pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, primário e de bons antecedentes, com quem foi apreendida quantidade de substâncias tóxicas que não se revela expressiva ou elevada, impõe-se o estabelecimento do regime aberto para o cumprimento inicial da reprimenda privativa de liberdade, bem como a sua substituição por sanções restritivas de direitos.

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, substituindo-se a sanção reclusiva por restritivas de direitos a serem definidas pelo Juízo competente.

(HC 438.505/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 20/03/2018)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE.

1. O fato de a agravada não ter comprovado o exercício de atividade lícita, não é fundamento idôneo, por si só, para afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena.

2. Segundo a jurisprudência desta Corte, a quantidade e a natureza da droga apreendida constituem elementos aptos a justificar a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em patamar diverso do máximo.

3. No caso, no entanto, a quantidade de droga apreendida 10,02g (dez gramas e dois centigramas) de crack não se mostra significativa para justificar a não aplicação da minorante no seu patamar máximo. De fato, não obstante o crack seja considerado de grande nocividade, pelo que se tem dos autos, a agravada estava na posse de pequena quantidade do referido entorpecente, razão pela qual não é razoável a sua consideração na terceira fase da dosimetria.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 473.269/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018)

Assim, redimensiono a pena para, mantida a pena-base no mínimo legal, inalterada na segunda fase por vedação contida na Súmula 231/STJ, aplicar a causa de diminuição pelo tráfico privilegiado no patamar de 2/3, tornando-se definitiva a pena em 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.

Considerando o *quantum* da nova pena aplicada, a primariedade da paciente, a fixação da pena-base no mínimo legal e a ausência de argumentos concretos para o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, fixo o regime aberto para o início de desconto das penas.

Por oportuno, friso que a quantidade de pena aplicada e as demais circunstâncias pessoais do caso conferem à paciente o direito de ter substituída a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, nos termos do art. 43 e seguintes do Código Penal.

Neste sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE

FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO EM METADE. RAZOABILIDADE. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM, EM MENOR EXTENSÃO.

1. O Tribunal de origem não logrou fundamentar de maneira idônea a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no percentual mínimo de 1/6, porquanto não declinou motivação suficiente para a fixação do redutor no referido patamar, sendo razoável, diante da quantidade da droga apreendida - 44,59 g de cocaína -, a aplicação da minorante em metade, redimensionando-se a pena para 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa.

2. *Fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação, e aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no patamar de 1/2, sendo a reprimenda final 2 anos e 6 meses de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 33, § 2º, c, e 44 e incisos, ambos do Código Penal.*

3. Ordem concedida, em menor extensão, a fim de reduzir a pena do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto, possibilitando, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções.

(HC 392.193/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/05/2017, DJe 25/05/2017)

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.

[...]

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.

[...]

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, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017)

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para fixar a pena da paciente em 1 ano e 8 meses de reclusão, além do pagamento de 166 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto para o início de desconto das reprimendas e para substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo juízo das execuções.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 18 de fevereiro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator