HABEAS CORPUS Nº 476.368 - RS (2018/0285567-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS	:	RAFAEL RAPHAELLI - RS032676 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	:	MARIA JUREMA MACHADO DOS SANTOS

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de MARIA JUREMA MACHADO DOS SANTOS no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Depreende-se dos autos que a paciente foi condenada à pena de 5 (cinco) anos, 3 (três) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista que, juntamente com corréus, **possuía em depósito 19 (dezenove) "buchas" de cocaína e outras 10 (dez) de *crack* (sem especificação da quantidade em peso líquido), várias pedras pequenas da mesma substância com peso de 15g (quinze gramas) e 24,73g (vinte e quatro gramas e setenta e três centigramas) de maconha distribuídos em tabletes pequenos** (e-STJ fls. 427/438).

Interposta apelação pelas partes, os desembargadores da Segunda Câmara Criminal deram parcial provimento ao recurso ministerial a fim de afastar a causa especial de diminuição da pena e readequá-la ao montante de 6 (seis) anos de reclusão (e-STJ fls. 560/586).

Os embargos infringentes interpostos foram desacolhidos (e-STJ fls. 615/626).

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 n. 11.343/2006, bem como da imposição do regime inicialmente fechado de cumprimento da reprimenda.

Sustenta ausência de fundamentos idôneos para o não reconhecimento do tráfico privilegiado, já que a quantidade e a variedade de entorpecente apreendido não constituem requisitos que ensejam o seu afastamento.

Afirma, também, que a acusada é ré primária e não há provas de que se dedica a atividade criminosa ou integra organização criminosa.

Por fim, ressalta que o regime prisional mais gravoso foi estabelecido com fulcro na natureza hedionda do delito e em sua gravidade abstrata.

Dessa forma, requer, em liminar, possa a paciente aguardar em liberdade o julgamento deste *writ*. No mérito, postula o reconhecimento do pretendido redutor com o abrandamento do regime prisional (e-STJ fls.1/11).

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 639/641).

Prestadas as informações (e-STJ fls. 645/702), os autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal, que se manifestou pela denegação da ordem (e-STJ fls. 706/714).

É, em síntese, o relatório.

Objetiva a defesa, primeiramente, a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 sob o argumento de que a paciente preenche os requisitos exigidos para sua concessão, além de a quantidade e a natureza da droga apreendida não serem fundamento capaz de afastar pretendido redutor.

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 sobre o cálculo dosimétrico (e-STJ fls. 577/579):

> *O Juiz de Direito fixou a pena-base em 06 (seis) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, considerando desfavoráveis a culpabilidade e as circunstâncias de que a ré praticou o delito em concurso de pessoas, revelando certa organização no agir delituoso, indicando maior periculosidade.*
>
> *Observa-se que ao discorrer sobre a culpabilidade, na verdade, o Juízo de 1º Grau valorou a variedade da droga e a natureza do crack.*
>
> *A variedade e a natureza da droga, tanto do crack como da cocaína, realmente são graves, tratando-se de 19 buchas de cocaína pesando 4,96 gramas, 10 buchas de crack pesando 9 gramas, pedras de crack pesando 15 gramas e tabletes de maconha pesando 24,75 gramas, sabendo-se que o crack e a cocaína são duas das drogas mais prejudiciais à saúde pública, dotadas de alto potencial de vício e degradação, e a presença de três variedades de drogas é realmente mais danoso à saúde pública.*
>
> *As circunstâncias referidas pelo Juízo de 1º Grau também são consideradas desfavoráveis, pois o delito foi cometido em concurso de pessoas, verificando-se que MARCOS e MARIA agiam conjuntamente.*
>
> *Assim, sendo a natureza/variedade das drogas - avaliadas pelo Juízo como culpabilidade desfavoráveis e as circunstâncias negativas, entendo que a pena-base deve ser elevada em 01 (um) ano, razão pela qual redimensiono a basilar para 06 (seis) anos de reclusão.*
>
> *Na segunda fase, mantém-se a pena provisória em 06 (seis) anos de reclusão, ausentes agravantes e atenuantes.*
>
> *Na terceira fase, deve ser afastada a redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, a qual é inaplicável aos casos de agentes que se dedicam à atividade criminosa.*
>
> *Note-se, a respeito, que a minorante referida é uma benesse e, portanto, exceção à regra; destarte, não deve ser objetiva e indiscriminadamente aplicada, mas reservada a casos excepcionais em que a pena mínima do tráfico (que, sabidamente, por si só é um crime grave e usualmente merece a mais severa repressão) se mostre desproporcional.*
>
> *Digo isso porque não concordo com o critério de que a primariedade do réu basta para que mereça o benefício; entendo sempre necessária a análise do caso concreto, para garantir que a minorante seja reservada unicamente a traficantes realmente eventuais, que não fazem do tráfico sua "profissão".*
>
> *E a figura do traficante eventual é admissível, ao menos no meu entendimento, apenas com relação àqueles indivíduos chamados "aviõezinhos", que ficam em uma esquina, com pouca quantidade de*

> *droga, com a tarefa de vender e repassar o produto da venda ao seu "superior", em troca de uma contraprestação (geralmente dinheiro ou drogas). Afora tais hipóteses, o tráfico sempre exige dedicação.*
>
> *Seguindo essa premissa, não vejo como afirmar que a ré ora julgada é uma traficante eventual (embora a primariedade seja incontestável), pois ela não comprovou qualquer atividade lícita e fazia de sua própria residência uma verdadeira boca-de-fumo, além de a unanimidade da prova apontar que o local já era um ponto conhecido (tanto de policiais como usuários).*
>
> *De fato, para o caso concreto, não vejo desproporcionalidade nas penas cominadas normalmente ao tráfico de drogas, não havendo situação excepcional que justifique a incidência da redutora do § 4[5] do art. 33 da Lei de Drogas.*
>
> *Excluída a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a pena privativa de liberdade da ré é definitivada em 06 (seis) anos de reclusão.*

Não se olvida, outrossim, da reiterada orientação desta Corte de que a quantidade e a natureza da droga, associadas ao contexto em que se deu a sua apreensão, podem evidenciar a prática do tráfico ilícito de entorpecentes.

Contudo, na espécie, entendo que, apesar da diversidade e da quantidade de drogas apreendidas **(19 "buchas" de cocaína e outras 10 de *crack*, mais 15g do mesmo entorpecente e 24,73g de maconha)**, esta não se mostra suficiente para se concluir pela dedicação da paciente à atividade criminosa, razão pela qual entendo ser cabível a aplicação do pretendido redutor, ainda que na fração diversa da máxima, senão vejamos:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO EM PATAMAR AQUÉM DO MÁXIMO. FIXAÇÃO EM RAZÃO DA QUANTIDADE OU NATUREZA DA DROGA. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.*
>
> [...]
>
> *3. **Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a natureza, a variedade e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a fixação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em patamar inferior ao máximo legal, nos termos do art. 42 da mesma Lei. Precedentes.***
>
> *4. Agravo regimental provido para conhecer do agravo em recurso especial e negar-lhe provimento* (AgRg no AREsp 859.393/MG, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 02/02/2017, grifei).

Passo, assim, à readequação do cálculo da pena, mantendo os parâmetros adotados na origem.

Na primeira fase, mantenho a reprimenda em 6 (seis) anos de reclusão.

Na segunda etapa, ausentes agravantes e atenuantes, a sanção permanece inalterada.

Na fase derradeira, diminui-se a reprimenda na fração de 1/6 (um sexto), pela aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, perfazendo a reprimenda definitiva o total de **5 (cinco) anos de reclusão**.

Diante do novo *quantum* da reprimenda (5 anos de reclusão), caberia a fixação do regime intermediário para início de cumprimento da sanção. No entanto, em razão da presença de circunstância judicial desfavorável à paciente, tanto que houve exasperação da pena-base, não há ilegalidade na manutenção do regime inicialmente fechado.

Nesse sentido:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS.* [...] *REGIME PRISIONAL FECHADO. ADEQUADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL QUE ELEVOU PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CP, E ART. 42 DA LEI DE DROGAS).* [...]. *WRIT NÃO CONHECIDO.*
>
> [...]
>
> *III - O paciente ostenta circunstância judicial desfavorável que elevou a pena-base acima do mínimo legal, nos termos do art. 42, da Lei de Drogas. Desse modo, fixada a pena acima de 4 anos e existindo circunstância judicial desfavorável, fica afastada a possibilidade de fixação do regime diverso do fechado, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, do art. 42 da Lei n. 11.343/06.*
>
> [...]
>
> *Habeas corpus não conhecido* (HC 479.581/SP, relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 13/02/2019).
>
> *RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. REGIME FECHADO.*

> *LEGALIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. RECURSO DESPROVIDO.*
>
> [...]
>
> *3. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, é lícito o agravamento do regime prisional, nos termos do art. 33, § 3.º, c.c. art. 59 do Código Penal.*
>
> *4. Recurso desprovido* (RHC 102.448/BA, relatora Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2018, DJe 19/12/2018).

Ante o exposto, **concedo parcialmente a ordem**, para aplicar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/6 (um sexto) e readequar a pena da paciente para 5 (cinco) anos de reclusão, mantidos os demais termos do acórdão estadual.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 20 de fevereiro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator