RECURSO ESPECIAL Nº 1.796.165 - SC (2019/0042962-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE	:	CAIURI MACHADO
ADVOGADOS	:	CARLOS EDUARDO LORENZI SANTOS - SC023235
		JEFFERSON DAMIN MONTEIRO - SC026790
		RODRIGO LORENZI SANTOS - SC032013
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por CAIURI MACHADO, fundamentado na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Consta do autos que o recorrente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, e ao pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo à época dos fatos, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, tendo-o sido fixado o regime semiaberto para início do cumprimento da pena.

Interposto recurso de apelação mediante as teses de insuficiência probatória para condenação e de readequação da dosimetria no que concerne à diminuição prevista no §4°, do artigo 33, da Lei n. 11.343/2006, do recurso se conheceu parcialmente e, nessa extensão,foi-lhe negado provimento.

Nas razões do apelo nobre, o recorrente aponta negativa de vigência ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois a causa de diminuição de pena prevista no referido dispositivo deveria ter sido fixada no seu patamar máximo – 2/3 (dois terços) –, diante da existência de condições pessoais favoráveis e da pequena quantidade de droga apreendida e, consequentemente, ficando o *quantum* da nova reprimenda abaixo de 4 anos, de rigor a imposição do regime inicial aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porquanto preenchidos todos os requisitos legais.

Requer, ao final, o provimento do especial para reforma do acórdão recorrido.

Contrarrazoada a insurgência (e-STJ, fls. 355/359), após o juízo prévio de admissibilidade (e-STJ, fls. 361/367), os autos ascenderam a este Superior Tribunal de Justiça.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do inconformismo (e-STJ, fls. 376/383).

É o relatório.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, passa-se ao exame recursal.

Por primeiro, cumpre destacar que o Superior Tribunal de Justiça entende que a quantidade ou qualidade da droga apreendida pode ser utilizada como fundamento para a determinação da fração de redução da pena com base no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:

> *PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO*

> *DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO JULGADOR. [...]. QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DA DROGA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
> *[...]*
> *2.* ***A quantidade, a natureza e a variedade das drogas apreendidas podem interferir na escolha do percentual da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de n. 11.343/2006, no estabelecimento do regime de cumprimento de pena e justifica a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos****. Precedentes.*
> *[...]*
> *4. Habeas corpus não conhecido.*
> *(HC 332.409/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 02/02/2016 – grifou-se)*
>
> *HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. QUANTIDADE E NATUREZA DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. [...]. NÃO CONHECIMENTO.*
> ***1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/6 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da quantidade e natureza das substâncias entorpecentes apreendidas - 19 pinos de cocaína e 10 invólucros de crack - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. O quantum de redução aplicado fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.***
> *[...]*
> *4. Writ não conhecido.*
> *(HC 339.558/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 02/02/2016)*

In casu, o Tribunal de origem considerou que a quantidade e a lesividade com que o entorpecente foi encontrado em poder do recorrente – **69 (sessenta e nove) comprimidos em formato triangular da substância entorpecente conhecida por "ecstasy"** – constituiu fundamento idôneo para fixar o patamar de 1/6 no tocante à fração prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, consoante o seguinte excerto:

> ***Dito isso, ao somar-se os graves efeitos decorrentes do uso da referida droga, capaz de levar a óbito o usuário, à***

> ***quantidade de unidades para consumo apreendidas, em número suficiente a atender mais de sessenta usuários, mostra-se inviável a fixação da fração redutora no seu patamar máximo.***
> *Assim, em análise à sentença proferida, não se verifica qualquer carência de fundamentação, uma vez que a magistrada a quo fixou a redução da pena em 1/6 por conta da alta lesividade da droga ecstasy e da quantidade apreendida, dado que esta teria a potencialidade de atingir vários usuários, não 2 carecendo de qualquer reparo* (e-STJ fls. 293).

No entanto, verifica-se que a quantidade de droga apreendida não foi exorbitante ao ponto de justificar a fração mínima para a incidência da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Em tais caso, esta Corte Superior de Justiça possui o entendimento no sentido de que é possível a aplicação do patamar máximo contido na Lei de Entorpecente nos casos em que o acusado é primário, não se dedica a atividade criminosa e a quantidade de droga apreendida não é elevada.

Nesse sentido:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INCIDÊNCIA DO REDUTOR NO MÍNIMO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. POUCA DROGA. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. ADEQUADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO INCISO III DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
> *I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.*
> *II - Em relação à aplicação do percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o magistrado deve considerar as circunstâncias do caso, especialmente a natureza e a quantidade da droga apreendida, bem como as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, ante a ausência de indicação das balizas pelo legislador para a definição do quantum de diminuição.*
> *Precedentes.*
> *III - Na espécie, cotejando a sentença condenatória e o acórdão impugnado, denota-se que não houve qualquer fundamentação a*

lastrear a aplicação da fração mínima legal de 1/6 (um sexto) pela redutora contida no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, existindo flagrante ilegalidade, a justificar a concessão da ordem de ofício.

Nesse contexto, a pequena quantidade de droga apreendida, vale dizer, 13 pedras de crack, bem como a primariedade do paciente, autorizam a incidência da redutora do tráfico privilegiado no seu patamar máximo (2/3).

IV - Deve ser mantido o regime intermediário para resgate da reprimenda, uma vez que a pena-base foi estabelecida acima do mínimo legal (1 ano de reclusão), em razão da presença de circunstância judicial desfavorável, nos termos do art. 59, do Código Penal. Logo, a presença de circunstância judicial desfavorável impede a fixação do regime aberto, sendo aplicável o regime mais gravoso na sequência, qual seja, o semiaberto, nos termos dos art. 33, §§2ª e § 3º, do Código Penal.

V - A presença de circunstância judicial desfavorável não recomenda a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos por não preencher requisitos necessários, constantes do art. 44, inciso III, do Código Penal, mesmo sendo o paciente primário e tendo a pena sido fixada em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para aplicar a fração máxima (2/3) pelo reconhecimento do tráfico privilegiado e redimensionar a pena do paciente para 2 (dois) anos reclusão, mais pagamento de 200 (duzentos) dias-multa, em regime semiaberto para resgate da reprimenda, mantido os demais termos da condenação.

(HC 466.753/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe 22/10/2018)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). APLICABILIDADE NA FRAÇÃO MÁXIMA. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REDUÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PREENCHIDOS OS REQUISITOS DO ART.

33 E ART. 44, AMBOS DO CÓDIGO PENAL - CP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFICIO.

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. A causa redutora de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.

11.343/06 poderá ser aplicada quando cumpridos os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não dedicar-se a atividades criminosa e não integrar organização criminosa. Na hipótese em apreço, resta evidenciado o constrangimento ilegal, pois

não houve comprovação de que o paciente se dedicava a atividades criminosas, pois a quantidade de drogas apreendidas foi pequena (4 pinos de cocaína - 2,6g), o que justifica, inclusive, a aplicação da minorante em seu patamar máximo (2/3), conforme o entendimento desta Quinta Turma.
3. Reduzida a pena ao patamar inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, "c", do CP) e em razão da primariedade do paciente e 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.
4. O art. 44 do Código Penal é taxativo quanto aos requisitos necessários para a obtenção do benefício da substituição da medida corporal por restritiva de direitos. Preenchidos os requisitos legais e sendo pequena a quantidade de droga apreendida, faz jus o paciente à referida benesse.
Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa e fixar o regime aberto, permitida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito a serem especificadas pelo Juízo de Execuções.
(HC 451.786/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 17/08/2018)

Desse modo, de rigor a aplicação da causa de diminuição de pena prevista na Lei n. 11.343/2006 no patamar de 2/3, com o que se passa a nova individualização da reprimenda.

A pena-base não merece reparos, tendo em vista que não há circunstâncias judiciais negativas, com o que fica fixada no mínimo legal de 5 anos de reclusão (e-STJ fl. 169).

Não existem causas atenuantes e agravantes, razão pela qual deve ser mantida em 5 anos (e-STJ fl. 169).

Por fim, aplica-se a fração prevista no tocante ao tráfico privilegiado no patamar máximo de 2/3, o que torna-se definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

Considerando a primariedade do acusado, os bons antecedentes, a pena-base ter sido estabelecida no mínimo legal, bem como a incidência do redutor no patamar de 2/3, fixa-se o regime aberto para o início do cumprimento de pena, por conseguinte, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos a serem estipuladas pelo Juízo da execução.

Ante o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, III, do RISTJ, **dá-se provimento ao recurso especial** para reconhecer a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no grau máximo, redimensionado a reprimenda para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no regime aberto, e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos a serem estipuladas pelo Juízo da execução.

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator