AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.459.763 - SP (2019/0064029-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE	:	NICHOLAS MATHEUS ALVES RABELO (PRESO)
ADVOGADOS	:	GLEIDMILSON DA SILVA BERTOLDI - SP283043
		GABRIEL CHANQUINI DIAS - SP348028
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial interposto por NICHOLAS MATHEUS ALVES RABELO contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que inadmitiu seu apelo nobre.

Consta dos autos que o agravante foi condenado à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 416 dias-multa, como incurso no delito previsto no artigo 33, § 4º da Lei n. 11.343/06.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte de origem, a qual negou provimento à irresignação, mantendo todos os termos do édito condenatório.

Contra a decisão foi apresentado o apelo nobre, com fulcro na alínea "a", do inciso III, do artigo 105 da Constituição Federal, o qual não foi admitido na origem, com fundamento nas Súmulas ns. 7, 518/STJ, 284/STF e na impossibilidade de alegar violação à norma constitucional na via eleita.

No presente recurso, alega o agravante que os óbices indicados na decisão de admissibilidade não incidiriam *in casu*.

Requer o acolhimento do agravo, a fim de que seja admitido e provido o Recurso Especial.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da insurgência e, caso conhecida, pelo não conhecimento do apelo nobre.

É o relatório.

A par dos fundamentos declinados pelo Tribunal *a quo* por ocasião do juízo de admissibilidade ali realizado, constata-se que o Recurso Especial interposto merece provimento.

Nas razões do apelo nobre, a defesa sustenta a aplicação da minorante prevista no artigo 33, § 4º da Lei de Drogas no patamar máximo, tendo em vista que as instâncias de origem não teriam fundamentado a adoção da fração mínima e que o réu atenderia a todos os requisitos legais para tanto.

Aduz que, redimensionada a reprimenda, seria aplicável regime inicial mais brando e a substituição da sanção corporal por restritiva de direitos.

No que tange à aplicação do redutor previsto no § 4º, do artigo 33 da Lei de Drogas, o Tribunal de origem asseverou, a saber:

> *"Observo que a pena foi reduzida em 1/6, nos termos do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei n° 11.343/06, o que a tornou definitiva cm 04 anos e 02 meses dc reclusão c 420 dias-multa cm seu valor unitário mínimo, e apesar de não ser o entendimento deste Relator, tal benesse fica mantida, ante o conformismo do representante do Ministério*

> *Público.*
> *Não há que se falar em redução máxima da pena, pois, ainda que não demonstrada a participação do réu em organização criminosa, o que se vê aqui é a dedicação inquestionável ao comércio ilegal, e de forma constante, mesmo porque a falta de demonstração do exercício de atividade lícita inviabilizaria, a rigor, a obtenção de recursos próprios para a aquisição de drogas, impondo, pois, o reconhecimento de sua estreita ligação com traficantes, de quem obteria crédito para a aquisição de drogas para seu "negócio", ou então até mesmo para quem trabalharia, recebendo a tanto remuneração diária, semanal ou mensal, tudo a demonstrar o engajamento nesse submundo, fazendo dele o seu meio de subsistência, não fazendo jus, pois, ao redutor máximo." (e-STJ fl. 320)*

Sabe-se que o § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, 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.

No caso em apreço, nota-se que as instâncias de origem aplicaram a minorante em patamar abaixo do máximo sob o fundamento de que o acusado supostamente se dedicaria à atividade criminosa, porém sem demonstrar tal conclusão com elementos probatórios contidos nos autos.

Além disso, vê-se que a quantidade dos entorpecentes apreendidos **- 0,900 centigramas de cocaína e 44,8 gramas de maconha (e-STJ fl. 317) -** não se revela exorbitante a ponto de justificar a aplicação do redutor abaixo do patamar máximo.

Imperioso, portanto, reconhecer a manifesta ilegalidade neste ponto, em razão da ausência de fundamentação a legitimar a fração adotada.

Dessa forma, levando-se em conta o volume de droga apreendida e, ainda, a favorabilidade das circunstâncias judiciais, mostra-se adequada a aplicação da fração de 2/3 (dois terços), nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça.

A propósito:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO. PROVAS LÍCITAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. NECESSÁRIA REUNIÃO ESTÁVEL E DURADOURA DE PELO MENOS DUAS PESSOAS. 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. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFICIO.*

[…]
5. 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, além de ter sido absolvido pela prática de associação para o tráfico, a quantidade de drogas apreendidas foi pequena (9,8g de cocaína, e 24g de maconha), o que justifica, inclusive, a aplicação da minorante em seu patamar máximo (2/3), conforme o entendimento desta Quinta Turma.
6. 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.
7. 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 drogas apreendidas, faz jus o paciente à referida benesse.
Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para absolver o paciente da prática do delito de associação para o tráfico (art. 35 da Lei n. 11.343/06) e redimensionar a pena quanto ao delito de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/06), reconhecendo a causa redutora de pena, tornando-a definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, fixando o regime inicial aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a serem especificadas pelo Juízo de Execuções, revogando o acórdão quanto à execução provisória da pena.
(HC 438.011/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe 01/06/2018)

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ALTERAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO PELA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA (32,9G DE MACONHA). PATAMAR MÁXIMO. POSSIBILIDADE. DIREITO AO REGIME ABERTO E À SUBSTITUIÇÃO DA PENA. RESOLUÇÃO N.º 05/2012/SENADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.
1. Fixada a pena-base no mínimo legal e apreendida pequena quantidade de droga (32,9 gramas de maconha), legítima é a aplicação da minorante (art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006) pelo seu máximo, ou seja, dois terços. Precedentes.
[…]
5. Ordem de habeas corpus concedida para reduzir a pena do Paciente para 1 (ano) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime aberto, além do pagamento de 195 (cento e noventa e cinco) dias-multa, deferindo-se a substituição da pena privativa de liberdade por duas sanções restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo das Execuções.
(HC 452.379/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA,

julgado em 25/09/2018, DJe 11/10/2018)

Procedendo-se à nova dosimetria, tem-se que a pena-base foi fixada em 5 anos de reclusão e multa, a qual mantém-se inalterada na segunda fase, considerando a ausência de agravantes e atenuantes.

Na terceira fase, com a redução da sanção em razão da causa especial de diminuição do § 4º, do artigo 33 da Lei de Drogas, na fração de 2/3 (dois terços), a reprimenda definitiva fica estabelecida em 1 ano e 8 meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa.

Redimensionada a pena final para patamar inferior a 4 anos e, tendo em vista a favorabilidade das circunstâncias judiciais, com a fixação da pena-base no mínimo legal, proporcional a mitigação do regime inicial para o aberto e a substituição da reprimenda corporal por duas penas restritivas de direitos, em conformidade com os artigos 33, § 2º, alínea "c" e 44, ambos do CP.

Nessa direção:

> *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. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ELEMENTOS INIDÔNEOS. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
> *[…]*
> ***5. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.***
> ***6. Estabelecida a pena em patamar inferior a 4 anos, verificada a primariedade do réu e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime aberto é o adequado e suficiente ao cumprimento da pena reclusiva, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do CP. Precedentes.***
> ***7. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Precedentes.***
> *8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser estabelecida pelo Juízo Execução.*
> *(HC 397379/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 28/08/2017)*
>
> *PENAL. HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NECESSIDADE DE ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA PARA CARACTERIZAÇÃO DO CRIME. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. ATIPICIDADE. SUPERAÇÃO DO ÓBICE*

PARA APLICAÇÃO DA REDUTORA DO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. DELITO NÃO HEDIONDO. NOVO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC Nº 118.533/MS. MUDANÇA DE POSICIONAMENTO DA QUINTA E SEXTA TURMAS. REVISÃO DO ENTENDIMENTO ANTERIORMENTE CONSOLIDADO PELA TERCEIRA SEÇÃO. CANCELAMENTO DO ENUNCIADO SUMULAR Nº 512/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. REGIME ABERTO. ORDEM CONCEDIDA.

[…]

4. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto. Outrossim, de acordo com o entendimento recentemente firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (HC n.º 118.533/MS, julgado em 23.6.2016), "o crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda". Mudança de posicionamento quanto ao tema por parte da Quinta e Sexta Turmas desta Corte Superior, que culminou na revisão do entendimento anteriormente consolidado, pela Terceira Seção, e no cancelamento do enunciado n.º 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

5. Foi fixado o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

6. Fixada a pena-base no mínimo legal, bem como aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, sendo a reprimenda final de 3 anos e 4 meses de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial aberto, a teor do disposto no art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

7. Habeas corpus concedido para afastar a condenação por associação para o tráfico e, superado o óbice para aplicação do privilégio, restabelecer a pena imposta na sentença condenatória, fixando, de ofício, o regime inicial aberto para início do desconto da pena.

(HC 391325/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/05/2017, DJe 25/05/2017)

Por tais razões, **conheço do agravo para dar provimento ao Recurso Especial**, nos termos do artigo 253, parágrafo único, inciso II, alínea "c", do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **a fim de redimensionar a pena do agravante para 1 ano e 8 meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa, alterar o regime inicial para o aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritiva de direitos a serem designadas pelo Juízo da Execução competente**.

Publique-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 09 de abril de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator