HABEAS CORPUS Nº 487.796 - SP (2019/0000260-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE	:	SANTIAGO PASQUETTE PERES
ADVOGADO	:	SANTIAGO PASQUETTE PERES - SP0408136
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ERIKA CRISTINA DE ALMEIDA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. REDUÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE DE DROGA NÃO EXPRESSIVA (15,3G DE MACONHA E 6G DE COCAÍNA). FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. MINORANTE. INCIDÊNCIA. REDIMENSIONAMENTO DAS PENAS. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.
Ordem concedida, com extensão ao corréu.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **Erika Cristina de Almeida**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação Criminal n. 3030111-11.2013.8.26.0114 – fls. 64/77).

Narram os autos que, por fato ocorrido em 4/9/2013, a paciente, juntamente como o corréu Eduardo de Jesus Silva, foram denunciados pela prática do delito tipificado no art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

O Juízo de Direito da 6ª Vara Criminal da comarca de Campinas julgou parcialmente procedente a ação penal para desclassificar a conduta dos réus para o delito tipificado no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, aplicando-lhes a pena de advertência (fls. 52/55).

Interposta apelação pelo Ministério Público, o Tribunal *a quo* deu provimento ao recurso, condenando os réus, nos termos da denúncia, à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 dias-multa (fls. 85/98).

Daí o presente *mandamus*, em que o impetrante sustenta que *embora seja a paciente primária, de bons antecedentes e não tendo sido comprovado que* [...] *se dedicasse a atividades criminosas, a e. 4ª Câmara Criminal afastou a aplicação da*

causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas exclusivamente sob o argumento de que a paciente se dedicava a atividades criminosas, sem demonstrar, contudo, *elementos concretos da reiteração e profissionalidade no exercício da atividade da traficância* (fls. 7/8).

Afirma, também, que, reconhecida a incidência da minorante, deve ser aplicada a sua fração máxima (2/3), com a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Subsidiariamente, aduz que, ainda que não se reconheça o tráfico privilegiado, deve ser alterado o regime de cumprimento da pena para o semiaberto, dada a ausência de circunstâncias judiciais negativas e a impossibilidade de fixação de regime mais gravoso com fundamento na gravidade em abstrato do delito, nos termos da Súmula 440/STJ.

Requer, assim, inclusive em caráter liminar, a concessão da ordem para *aplicar o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, em seu patamar máximo, para substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como fixar o regime aberto* (fl. 21). Subsidiariamente, pleiteia, a fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda.

O pedido de liminar foi indeferido pela Presidência desta Corte (fl. 104).

Prestadas as informações (fls. 107/129), o Ministério Público Federal, em parecer exarado pela Subprocuradora-Geral da República Maria Iraneide Olinda Santoro Facchini, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 133/136).

É o relatório.

Ao dosar a pena da paciente e do corréu, afirmou o Tribunal *a quo* (fls. 74/75):

> Nada mais quanto ao mérito, passo à dosimetria da pena.
> Primários e sem antecedentes, a pena-base será fixada no mínimo legal de **05 anos de reclusão, mais 500 dias-multa**, tornando-se definitiva.
> Não cabe aqui a aplicação do redutor, previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, pois, embora os réus sejam tecnicamente primários, restou demonstrado que agiam juntos no nefasto comércio.
> Ademais, conforme afirmado pelos acusados, quando presos em flagrante, já

> tiveram envolvimentos anteriores com o tráfico.
>
> A nova Lei de Drogas recrudesceu o tratamento aplicado aos traficantes, agravando a dosagem penal, passando a variar de 05 a 15 anos de reclusão e pagamento de 500 a 1500 dias-multa.
>
> Da mesma feita, passou a criar uma causa de redução, diminuindo o rigor da norma a fim de beneficiar o chamado "pequeno traficante" ou "traficante eventual", desde que atendesse a determinados requisitos.
>
> Com efeito, para fazer jus à aplicação do redutor previsto na superveniente legislação, o réu deve ser primário, de bons antecedentes e não pode se dedicar à atividade criminosa ou integrar organizações criminosas.
>
> **Ocorre que, no caso dos autos, os réus foram surpreendidos trazendo consigo considerável quantidade de drogas, além de dinheiro proveniente do comércio vil, e tentaram se esquivar de suas responsabilidades, um acusando o outro, quando da chegada dos policiais, sendo evidente que não podem ser tidos como pequenos traficantes e serem beneficiados com a mesma redução de pena daquele que vende, ocasionalmente e sozinho, algumas poucas porções de drogas, eis que, tal redução dar-se-iam afronta ao princípio da individualização das penas** (grifei).
>
> A prova dos autos demonstra, de forma clara, que os apelados vinham se dedicando à atividade criminosa, fazendo do tráfico seu meio de vida.
>
> [...]

Do exposto, verifica-se que assiste razão ao impetrante quanto ao argumento de ilegalidade dos fundamentos utilizados pelo acórdão vergastado para afastar a incidência do tráfico privilegiado.

Com efeito, a incidência da minorante (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) foi afastada somente com base na quantidade da droga apreendida (**15,3g de maconha e 6g de cocaína** – fl. 47) e em ilações abstratas, sem qualquer lastro em elementos concretos extraídos dos autos.

Sucede que, no julgamento do HC n. 343.290/SP, em 3/5/2016, a Sexta Turma desta Corte Superior entendeu pela inviabilidade de considerar a quantidade/natureza da droga, por si só, de forma isolada, como fundamento para vedar a aplicação do redutor, pois tais circunstâncias não estão descritas entre os requisitos do referido dispositivo legal, notadamente nas hipóteses como a dos autos, em que a quantidade de droga não se revela expressiva.

Ademais, o entendimento desta Corte também é uníssono no sentido de que configura constrangimento ilegal a utilização de fundamentação genérica para negar o reconhecimento do tráfico privilegiado ou de qualquer outro benefício legal.

Confiram-se:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA SE CONCLUIR PELA DEDICAÇÃO DO AGENTE EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA, EM PARTE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. 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).

3. Hipótese em que a ausência de emprego lícito e de considerações genéricas acerca da gravidade abstrata do delito não são dados idôneos para se inferir a habitualidade delitiva do paciente, sobretudo quando certificada a sua primariedade e os seus bons antecedentes, razão pela qual cabe a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo.

[....]

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 2/3, ficando a pena final em 1 ano e 8 meses de reclusão, mais pagamento de 167 dias-multa, bem como para fixar o regime inicial semiaberto.

(HC n. 440.706/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 3/9/2018)

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. POUCO ENTORPECENTE APREENDIDO. DROGA. PATAMAR MÁXIMO. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

IV - *In casu*, as instâncias ordinárias se utilizaram de fundamentações genéricas e inidôneas, para afastar a aplicação da causa de diminuição prevista no parágrafo 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, existindo, destarte, flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício.Precedentes.

V - Diante da pequena quantidade de entorpecentes apreendidos, forçoso reconhecer a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4°, da Lei n. 11.343/06, no seu patamar máximo.

VI - Considerando a primariedade do paciente e o *quantum* de pena estabelecido, forçoso concluir que faz jus ao regime aberto, para início de cumprimento de pena, *ex vi* do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Estatuto Penal, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula n. 440 desta Corte Superior.

VII - Preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, quais sejam, pena não superior à 4 (quatro) anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, réu não reincidente e circunstâncias judiciais favoráveis, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em moldes a serem especificados pelo Juízo da Execução Penal.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para aplicar a

> causa especial de diminuição do art. 33, § 4°, da Lei n. 11.343/06 no seu patamar máximo, reduzindo a pena imposta para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, bem como fixar o regime prisional aberto, para o início do cumprimento da pena, e determinar a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos moldes do artigo 44 do Código Penal, a ser estabelecida pelo MM. Juízo a quo.
> (HC n. 453.814/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 17/8/2018)

Firmada essa premissa e obedecidas as demais diretrizes fixadas pela Corte de origem, passo ao redimensionamento da pena:

Mantém-se a pena-base no mínimo legal (5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa). Ausentes agravantes e atenuantes. Na terceira fase, reconhecido o tráfico privilegiado, a pena deve ser minorada em 2/3, porquanto a quantidade de droga apreendida não se apresenta como expressiva o suficiente a ponto de afastar a incidência da fração máxima, totalizando assim, 1 ano e 8 meses de reclusão, e pagamento de 166 dias-multa.

Sendo assim, em razão do *quantum* da pena aplicada, da primariedade da paciente e por não existirem circunstâncias judiciais negativas, deve ser fixado o regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda. Pelos mesmos fundamentos, deve ser concedido à ré o direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (arts. 33, § 2º, *c*, e 44, ambos do Código Penal).

Por fim, verificada a existência do corréu **Eduardo de Jesus Silva** em situação idêntica à da paciente, deve-lhe ser estendida a concessão do direito reconhecido neste *writ*, nos termos do art. 580, c/c o art. 654, § 2º, todos do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, **concedo** a ordem a fim de redimensionar a pena imposta à paciente, fixando-a em 1 ano e 8 meses de reclusão, e pagamento de 166 dias-multa, em regime inicial aberto, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo da execução, com extensão ao corréu Eduardo de Jesus Silva.

Intime-se o Ministério Público estadual desta decisão.

Comunique-se com urgência.

Publique-se.

Brasília, 15 de abril de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator