

**HABEAS CORPUS Nº 508.971 - RS (2019/0128611-6)**

**RELATORA** : MINISTRA LAURITA VAZ  
**IMPETRANTE** : LEANDRO DA CRUZ SOARES  
**ADVOGADO** : LEANDRO DA CRUZ SOARES - RS099803  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
**PACIENTE** : THUAN MENEZES TESTA

**EMENTA**

*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006 AFASTADA PELO TRIBUNAL LOCAL COM BASE EM CONDENAÇÃO POR POSSE DE ARMA DE FOGO NO MESMO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO NA FRAÇÃO DE 1/2 (METADE). READEQUAÇÃO DA REPRIMENDA E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA.

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de THUAN MENEZES TESTA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, proferido nos autos da Apelação Criminal n.º 0082655-92.2018.8.21.7000.

O Paciente foi denunciado, em 05/06/2015, como incurso nos arts. 33, *caput*, e § 1.º, inciso II, 34 e 35, todos da Lei n.º 11.343/2006; bem como no art. 12, *caput*, da Lei n.º 10.826/2003, por manter em depósito 131,15g de *cannabis sativa* (maconha) e 8 comprimidos de *ecstasy*; bem como por cultivar maconha, possuir instrumentos destinados à preparação e acondicionamento das drogas e arma de fogo e munições de uso permitido (fls. 23-29).

Em 04/12/2017, o Juiz processante julgou parcialmente procedente a denúncia e condenou o Paciente apenas pelo crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido, tipificado no art. 12 da Lei n.º 10.826/2003, às penas de 1 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa, em regime inicial aberto, absolvendo-o das demais imputações (fl. 864).

Interpostos apelos defensivo e acusatório, o Tribunal estadual, por maioria

de votos, deu provimento ao recurso do *Parquet* para condenar o Paciente também pela prática do crime de tráfico de drogas, estabelecida a pena em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, fixado o regime inicial fechado (fl. 872).

Opostos embargos infringentes, foram desacolhidos, pelas razões assim sintetizadas na ementa do julgado:

**"EMBARGOS INFRINGENTES. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENÇÃO. MANUTENÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. DESACOLHIMENTO DOS EMBARGOS. MATERIALIDADE E AUTORIA DO TRÁFICO COMPROVADAS.**

*Existindo prova da autoria e materialidade do delito de tráfico de drogas, deve ser mantida a condenação do réu/embargante como incurso nas sanções do artigo 33 da Lei de Tóxicos. O tráfico de drogas é tipo múltiplo de conteúdo variado, havendo diversos verbos nucleares que o caracterizam; portanto, o flagrante do ato da venda é dispensável para sua configuração, quando restar evidente que a destinação dos entorpecentes é a comercialização, sendo inviável, em tal caso, a desclassificação pretendida.*

**PALAVRA DOS POLICIAIS. PROVA VÁLIDA PARA CARACTERIZAR O TRÁFICO. INIDONEIDADE DOS POLICIAIS NÃO DEMONSTRADA.**

*Para afastar a presumida idoneidade dos policiais (ou ao menos suscitar dúvida), é preciso que se constatem importantes divergências em seus relatos, ou que esteja demonstrada alguma desavença com o réu, séria o bastante para torná-los suspeitos, pois seria incoerente presumir que referidos agentes, cuja função é justamente manter a ordem e o bem-estar social, teriam algum interesse em prejudicar inocentes.*

**EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS. POR MAIORIA."**

Neste *writ*, o Impetrante sustenta, em suma, a ocorrência de "flagrante ilegalidade na fixação da pena imposta, porquanto houve o afastamento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei n.º 11.343/06, apesar do preenchimento de todos os requisitos legais por parte do paciente" (fl. 4).

Busca, assim, "a concessão de liminar a fim de que não seja determinado a expedição do mandado de prisão até o julgamento do mérito do presente *writ*" (fl. 20).

No mérito, pleiteia o reconhecimento da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 889-891).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do

*habeas corpus*, em parecer que recebeu a seguinte ementa (fl. 895):

"*Habeas corpus substitutivo. Tráfico de drogas. Pedido de aplicação da minorante do tráfico privilegiado. Inviabilidade. Réu condenado também por posse ilegal de arma de fogo, o que denota maior envolvimento com atividades criminosas. Afastamento da conclusão do Tribunal de origem. Necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório. Incompatibilidade com a via eleita. Constrangimento ilegal não configurado. Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus.*"

É o relatório. Decido.

Na hipótese em apreço, o Tribunal *a quo* afastou a minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, nos seguintes termos, *in verbis*:

"*Na fixação das penas, vejo que as circunstâncias judiciais dos artigos 42 da Lei 11.343 e 59 do Código Penal não mostram nada de negativo em detrimento do condenado. Deste modo, estabeleço as penas em seus mínimos legais, cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa.*

*De outra banda, não benefício o recorrido com a redução prevista no § 4º do artigo 33. Ele também está condenado pelo delito de posse de arma de fogo e, portanto, não preenche os requisitos do parágrafo citado.*

*O regime prisional será o fechado, pois permanece hígido o artigo que o estabelece e ele, também, se amolda ao que prevê o artigo 33, § 3º, do Código Penal. Será o mínimo o valor do dia-multa. Por fim, corrijo erro material da sentença, pois a pena pelo crime do artigo 12 é detenção e não reclusão.*

*Por fim, considerando a jurisprudência atual, determino a execução provisória da sentença com a expedição do respectivo mandado de prisão." (fls. 872-873; sem grifos no original.)*

**A existência de condenação por posse de arma de fogo no mesmo processo, isoladamente, não constitui fundamento suficiente para considerar que haveria dedicação a atividades criminosas e, por conseguinte, obstar a aplicação da minorante.**

São condições para que o condenado faça jus a diminuição da pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas.

No caso, é de rigor a aplicação da causa de diminuição, pois é possível verificar pelos autos, de maneira inequívoca, a primariedade do condenado ao tempo do delito e a existência de bons antecedentes.

Contudo, apesar da quantidade de drogas (131,15g de maconha e 8 comprimidos de *ecstasy*) não poder ser considerada exacerbada, também não é ínfima. Portanto, embora não se preste a negar a aplicação da minorante, pode influenciar no *quantum* de diminuição a ser aplicado na hipótese.

Com efeito, o legislador prefixou patamares **variáveis** (1/6 a 2/3) a serem observados pelo órgão julgador ao diminuir a reprimenda, de modo que a quantidade e a natureza das drogas apreendidas podem, em respeito ao princípio da individualização da pena, serem sopesados no momento da aplicação do referido *quantum*, sendo adequado, ao caso dos autos, a aplicação da fração de 1/2 (metade).

Sobre o tema, cito os seguintes julgados:

"[...]

1. Muito embora o acórdão combatido, com o objetivo de afastar a aplicação da benesse, tenha apontado fundamento concreto consubstanciado na quantidade e natureza da droga apreendida, extrai-se dos autos que o total de drogas apreendidas é de 8,5 gramas de cocaína e 76,1 gramas de maconha.

2. Não obstante a natureza danosa da maioria 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.**

3. A falta de comprovação de ocupação lícita associada à quantidade não relevante da droga apreendida não são suficientes para inferir sua dedicação a atividades criminosas.

4. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 468.919/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 18/02/2019, sem grifos no original.)

"[...]

1. A teor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, as penas do crime de tráfico poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. À minguia de critérios legais que norteiem o grau da redução, firmou este Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a quantidade e/ou a natureza da droga, bem como as demais circunstâncias do caso, podem balizar o índice de diminuição, ou, até mesmo, justificar a não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciada a dedicação do réu à atividade criminosa.

[...]

3. Habeas corpus denegado. (HC 469.898/RS, Rel. Ministro

NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 01/02/2019, sem grifos no original.)

Fixadas essas premissas, passo a readequar a pena do Paciente.

**Art. 33, caput, c.c. § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006**

Na primeira fase da dosimetria, mantenho a pena-base no mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda fase, ausentes causas modificativas, a pena intermediária fica mantida em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na terceira etapa, reformando o acórdão impugnado, aplico a causa de diminuição do § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas na fração de 1/2 (metade), razão pela qual a pena privativa de liberdade do Paciente fica quantificada definitivamente em **2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão** e a pecuniária em **260 (duzentos e sessenta) dias-multa, no valor mínimo legal**.

Cumprе ressaltar que, em 27/06/2012, o Tribunal Pleno da Suprema Corte, no julgamento do HC n.º 111.840/ES, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, declarou incidentalmente, por maioria, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90 (redação dada pela Lei n.º 11.464/2007) e afastou a obrigatoriedade de se fixar o regime inicial fechado para os condenados por tráfico ilícito de drogas.

Assim, independentemente do caráter hediondo do crime, deve o julgador, ao fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Na hipótese, considerando a pena definitivamente fixada, 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, as circunstâncias judiciais favoráveis e a não expressiva quantidade de droga apreendida (131,15g de maconha e 8 comprimidos de *ecstasy*), o regime inicial de cumprimento de pena deve ser o **aberto**. Com igual conclusão, cito precedente:

**"HABEAS CORPUS. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. SÚMULA N.º 719 DO STF.**

*1. Fixada a pena em seu mínimo legal, inferior a 4 (quatro) anos, não sendo caso de reincidência, e não havendo circunstância judicial desfavorável, tal como reconheceu o acórdão impugnado, não há falar em adoção do regime inicial semiaberto, se o próprio paradigma legal permite a adoção do regime inicial aberto (art. 33, § 2º, c e § 3º c/c art. 59, CP).*

*2. Incidência da Súmula nº 719 do STF: 'A imposição do regime*

de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea. '

3. *Ordem concedida.*

4. *Extensão da ordem, de ofício, ao corréu.*" (STF, HC 83.613/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, DJ de 30/04/2004; sem grifos no original.)

Pelas mesmas razões, mostra-se socialmente recomendável a substituição de pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Ilustrativamente, cito os seguintes precedentes: AgRg no AREsp n.º 1.235.920/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe de 10/08/2018; e HC n.º 359.813/RS, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe de 22/06/2018.

Por fim, fica mantida a pena aplicada em relação ao crime de posse ilegal de arma de fogo – art. 12, *caput*, da Lei n.º 10.826/2003 – fixada na sentença em **1 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa, em regime inicial aberto**, em concurso material de crimes, nos termos do art. 69 do Código Penal.

Ante o exposto, **CONCEDO A ORDEM** de *habeas corpus* para, reconhecendo a minorante do § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, reduzir a pena do crime de tráfico ao patamar de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, além do pagamento de 260 (duzentos e sessenta) dias-multa, no mínimo legal, e conceder a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais, mantidos os demais aspectos da dosimetria realizada pelas instâncias ordinárias.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 11 de junho de 2019.

Ministra LAURITA VAZ  
Relatora