HABEAS CORPUS Nº 504.469 - PE (2019/0107213-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO GABRIEL GONÇALVES LEITE - PE029771
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE	:	CLAUDIO DAVI GOMES DE ALMEIDA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor CLAUDIO DAVI GOMES DE ALMEIDA apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de Pernambuco.

Consta dos autos que o paciente, em primeira instância, foi condenado como incurso nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006, à pena de 17 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.830 dias-multa.

Interposta apelação defensiva, o apelo foi provido, para absolver o paciente do crime tipificado no art. 35 da Lei 11.343/2006 e reduzir a pena pelo crime do art. 33 para 8 anos de reclusão, mantido o regime fechado.

Neste *writ*, sustenta a impetrante, em suma, haver constrangimento ilegal na consideração da quantidade da droga, tanto na primeira fase da dosimetria da pena, quanto para aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, configurando indevido *bis in idem*. Requer, por isso, o ajuste da reprimenda, para aplicar em 2/3 a causa de diminuição da pena prevista no §4º do art. 33 da Lei de Drogas e, em consequência, o abrandamento do regime prisional.

Prestadas as informações, o Ministério Publico Federal ofertou parecer pelo não conhecimento do *habeas corpus.*

É o relatório.

DECIDO.

Conforme relatado, no presente *writ*, a impetrante requer o ajuste da reprimenda, para aplicar em 2/3 a causa de diminuição da pena prevista no §4º do art. 33 da Lei de Drogas, abrandando-se, em consequencia, o regime prisional.

No tocante à dosimetria da pena, consignou o acórdão impugnado (fl. 18):

> Em relação ao réu CLÁUDIO DAVI GOMES DE ALMEIDA, a magistrada analisou as circunstâncias judiciais da seguinte forma, às fls. 245/246:
> "(...) No tocante a CLÁUDIO DAVI GOMES DE ALMEIDA, da análise dos Artigos 59 e 68 do CPB, observo que o ora sentenciado possui registros

> na menoridade penal, por atos infracionais equiparados ao tráfico de drogas e roubo, representando tais registros, de forma desfavorável, à sua conduta social, demonstrando que o acusado optou por enveredar no mundo do crime, sem medir as conseqüências graves paro si e para a coletividade.
> Em vista do exposto, para o crime previsto no Artigo 33 da Lei n. 11.343/06, fixo-lhe a pena-base em 07 (sete) anos de reclusão e 900 (novecentos) dias-multa, tornando-a em definitiva, face a inexistência de causas ou de circunstâncias que venham agravar ou reduzir a pena fixada. (...)
> Em decorrência da mesma análise, para o crime previsto no Artigo 16 da Lei no. 10.826/03, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa. (...)"
> Acontece que a circunstância judicial da conduta social foi equivocadamente considerada desfavorável pela magistrada a quo, uma vez que atos infracionais praticados anteriormente não podem ser utilizados para tornar citada circunstância judicial desfavorável. Assim, deixo de considerar tal circunstância como negativa. **No entanto, tem-se como desfavorável a natureza da substância ilícita apreendida, "crack", droga esta de alto poder destrutivo.**
> **Dessa forma, em face do art. 42 da Lei n.° 11.343/2006, mantenho a pena-base acima do mínimo legal, no entanto, reduzo-a de 07 (sete) anos para 06 (seis) anos de reclusão.**
> **Quanto à minorante insculpida no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas tenho que deve ser aplicado tal benefício, tendo em vista que o recorrente preenche os requisitos legais, quais sejam, é primário, não se demonstrou que se dedica às atividades criminosas nem integra organização criminosa. Assim, reduzo a pena-base em 1/6 (um sexto), fixando-a definitivamente em 05 (cinco) anos de reclusão.**
> Para o crime do art. 16 da Lei n° 10.826/03, em face da ausência de fundamentação adequada, reduzo a pena para o mínimo legal de 03 (três) anos de reclusão, tornando-a definitiva.
> Friso que deixo de aplicar a atenuante da confissão espontânea, tendo em vista a fixação da pena no mínimo legal (Súmula 231 do STJ).
> Por fim, em face da hipótese de concurso material, somo as penas, condenando o apelante CLÁUDIO DAVI GOMES DE ALMEIDA a 08 (oito) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, mantendo-se as penas de multa aplicadas, por considerá-las proporcionais.
> [...].

No que tange ao aumento da pena-base, observo que fundamentada a valoração gravosa das circunstâncias do crime, com aumento de 1 ano acima do mínimo legal, tendo em vista a natureza da droga, *crack*.

Entende esta Sexta Turma, no entanto, que ausentes circunstâncias adicionais (inserção em grupo criminoso de maior risco social, atuação armada, envolvendo menores ou com instrumentos de refino da droga, etc.), a não relevante quantidade de maconha, cocaína ou crack exige revisão a necessidade de abrandamento da reprimenda ou do regime. Na espécie, a porção de 12,207g

de crack (fl. 10), demonstra ser quantidade não reveladora de anormal gravidade.

Desse modo, afasto a consideração da quantidade da droga na primeira fase da dosimetria da pena.

Por outro lado, a Corte de origem não apresentou qualquer fundamentação para deixar de aplicar a fração máxima relativa à minorante prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Outrossim, entende esta Corte que a quantidade não relevante de droga, desautoriza a exasperação da pena-base, a vedação à minorante do tráfico, o agravamento do regime prisional ou a negativa à substituição das penas. A propósito:

> HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.
> 1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.
> 2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal. (...)
> CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE INJUSTIFICADO. 1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.
> 2. Atendidos os pressupostos legais à aplicação do benefício, imperiosa a mitigação da pena nos termos do supracitado dispositivo legal.
> 3. **tendo em vista a favorabilidade das circunstâncias judiciais e a pequena quantidade de droga apreendida, mostra-se razoável e proporcional ao caso a redução da reprimenda em 2/3 (dois terços).**
> REGIME INICIAL. DESPROPORCIONALIDADE AO QUANTUM FINAL DA PENA. ALTERAÇÃO PARA O MODO ABERTO E PERMUTA POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.
> 1. Tratando-se de condenado à pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, primário e de bons antecedentes, com quem foi apreendida quantidade de substâncias tóxicas que não se revela expressiva ou elevada, impõe-se o estabelecimento do regime aberto para o cumprimento inicial da reprimenda privativa de liberdade, bem como a sua substituição por sanções restritivas de direitos.
> 2. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena imposta ao paciente para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a ser

> cumprida no regime inicial aberto, mais pagamento de 166 dias-multa, substituindo-se a sanção reclusiva por restritivas de direitos a serem definidas pelo Juízo competente.
> (HC 438.505/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 20/03/2018)

Afastada a vetorial negativa relativa à quantidade da droga, fixo a pena-base em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, as quais permanecem inalteradas, na segunda fase. Na terceira fase, reduz-se as reprimendas em 2/3, pela minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, restando as penas finais concretizadas em 1 ano e 8 meses de reclusão, mais 166 dias-multa.

Em razão do concurso material reconhecido pelas instâncias ordinárias e, somando-se o *quantum* da nova pena aplicada quanto ao crime de tráfico, de 1 ano e 8 meses, com a pena do crime do art. 16 da Lei n. 10.826/2003, de três anos de reclusão, fica a pena total fixada em 4 anos e 8 meses de reclusão.

Assim, considerando o *quantum* das novas penas aplicadas, a primariedade do réu, a fixação da pena-base no mínimo legal e a ausência de argumentos concretos para o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, fixo o regime semiaberto para o início de desconto das penas.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para, de ofício, reduzir a pena do crime tipificado no art. 33 da Lei 11.343/20063 para 1 ano e 8 meses de reclusão, além do pagamento de 166 dias-multa, bem como para estabelecer o regime semiaberto para o início de desconto das reprimendas.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 17 de junho de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator