HABEAS CORPUS Nº 511.510 - RS (2019/0145354-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL LUIS ERNESTO BASANESI NETO - RS078853
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	:	ANDRIO ESTEFAN NADALE (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **ANDRIO ESTEFAN NADALE**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 anos, 4 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 300 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem, por maioria, negou provimento ao apelo defensivo (e-STJ, fls. 201-209).

Opostos embargos declaratórios, foram eles acolhidos para sanar a contradição no voto vencido, fazendo constar a pena definitiva em 3 anos e 4 meses de reclusão, no regime inicial aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos, e pagamento de 300 dias-multa.

Opostos embargos infringentes, foram eles rejeitados.

Neste *writ*, o impetrante alega que "são insubsistentes e inidôneos, para dizer o mínimo, os fundamentos utilizados para afastar a minorante do tráfico privilegiado." (e-STJ, fl. 5)

Sustenta que "a aplicação do mencionado benefício não é mera faculdade do julgador, pois constitui-se em direito subjetivo do réu, ora paciente, motivo pelo qual, atendidos os requisitos legais, o reconhecimento e a aplicação da referida causa redutora de pena, em fração máxima ou próxima a ela, é medida que se impõe, de acordo e nos limites dos parâmetros previstos no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, daí o constrangimento ilegal que se busca corrigir através do presente *Writ*." (e-STJ, fl. 7)

Requer, assim, a redução da pena.

Liminar indeferida (e-STJ, fl. 273).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* ou, caso assim não se entenda, pela denegação da ordem. (STJ, fls. 280-283).

É o relatório.

Decido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal que autorize a concessão

da ordem, de ofício.

O juiz sentenciante condenou o paciente nos seguintes termos:

> "O P. M. **Luis Maurício dos Santos Silva** declarou que estava em patrulhamento de rotina próximo ao Posto Chafariz. Contou que visualizaram, em uma rua escura, um indivíduo em cima de uma motocicleta vendendo algo para outro. Informou que em razão disso efetuaram a abordagem e encontraram uma ou duas buchas de cocaína com o indivíduo que havia entregado dinheiro. Na revista, encontraram com o acusado a quantia aproximada de R$ 90,00 (noventa reais) e outra bucha de cocaína.
> No mesmo sentido foi o depoimento do miliciano **Eliton Cristian Rodrigues** referiu que estavam e patrulhamento e encontraram um indivíduo em uma motocicleta vendendo algo para outro. Informou que realizaram a abordagem e encontram as buchas de cocaína, bem como a quantia de R$ 92,00 (noventa e dois reais).
> Ainda, há o depoimento do usuário de drogas flagrado no dia dos fatos, o qual conforta totalmente a tese acusatória.
> A testemunha **Leonardo Luis da Silva** declarou que estava com o réu no momento da abordagem. Informou que havia comprado do acusado uma bucha de cocaína pelo valor de R$ 20,00 (vinte reais). Referiu que o acusado trabalhava como entregador numa pizzaria. Por fim, contou que o acusado era conhecido de seus amigos.
> Esse é, pois, o sumário da prova oral produzida.
> No caso dos autos, a prova é suficiente para ensejar um juízo condenatório.
> Como se vê, embora a defesa negue a traficância, há o depoimento dos dois policiais militares que declararam ter presenciado o réu vendendo algo pra o usuário Leonardo, que em razão disso, efetuaram a abordagem e lograram êxito em localizar duas buchas de cocaína, sendo que uma estava com o acusado e a outra com o usuário, que posteriormente afirmou que havia comprado a bucha de cocaína do réu pelo valor de R$20,00. Ademais, com o réu foi também encontrado o valor de R$ 92,00.
> [...]
> Isso posto, julgo **PROCEDENTE** a denúncia para o efeito de **CONDENAR** o réu **ÂNDRIO ESTÊFAN NADALE**, já qualificado, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, às penas abaixo fixadas.
> Passo à dosimetria da pena.
> O réu é primário (fl. 66). Não teve sua conduta social revelada nos autos. Não há elementos nos autos que possibilitem aferir sua personalidade. O motivo é o comum à espécie e está ligado à obtenção de lucro fácil. Para a análise das circunstâncias gerais do delito, é preciso que se considere a natureza e a quantidade da droga apreendida: a quantidade de droga apreendida é reduzida *(duas buchas de cocaína)*, o que não merece aumento em razão deste critério. O que pesa negativamente é o tipo de droga: a cocaína, juntamente com o *crack*, são drogas disponíveis no comércio proscrito que apresentam-se muito nocivas aos consumidores e ao tecido social. As consequências

> são as normais à espécie. Tratando-se de crime que atinge a coletividade como um todo, não se perquire de comportamento da vítima. Em razão do analisado, a culpabilidade, considerada esta como juízo a ser realizado sobre a reprovabilidade da conduta, indica censurabilidade um pouco acima do mínimo legal.
> Assim, analisadas as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, fixo a pena-base em 05 anos e 03 meses de reclusão.
> Não há agravantes nem atenuantes.
> Ainda, considerando ser o réu primário, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, reduzo a pena anteriormente fixada em 1/6, fixando-a em **04 anos, 04 meses e 15 dias de reclusão,** o que torno definitiva em face da ausência de outras circunstâncias modificadoras. **Consigno não reduzir a pena no patamar máximo previsto, ou seja, 2/3, em face dos efeitos deletérios que a droga comercializada produz.**
> Outrossim, considerada a análise das operadoras do artigo 59 do Código Penal, condeno o réu ao pagamento de **300 dias-multa**, fixando o valor do dia-multa em 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, que deverá ser corrigido quando do efetivo pagamento, a contar da data da prática do delito. A redução dos dias-multa se deu em razão da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.
> Após o julgamento pelo STF do HC 111.840/ES declarando incidentalmente inconstitucional o disposto no § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, tenho que regime para o cumprimento da pena é o inicialmente **semiaberto**.
> Deixo de substituir a pena, uma vez que a pena aplicada ultrapassa os patamares máximos (art. 44, I, e art. 77, *caput*, do CP).
> Por fim, poderá o réu apelar em liberdade, porquanto não encontram-se presentes os requisitos da prisão preventiva." (e-STJ, fls. 160-162)

Por sua vez, o acórdão recorrido encontra-se assim fundamentado:

> "Quanto ao apenamento, o afastamento da pena-base em três meses do mínimo legal se mostrou adequado, pela danosa natureza da droga angariada.
> Por fim, com a vênia do ilustre Procurador de Justiça que oficiou no feito, entendo que o denunciado não merece redução maior do que 1/6 pelo privilégio, em virtude de ostentar três outros envolvimentos por posse de drogas para consumo pessoal.
> Ante o exposto NEGO PROVIMENTO ao apelo." (e-STJ, fl. 206)

A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, 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.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até

mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico. (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

No caso, observa-se que as instâncias ordinárias não trouxeram motivação válida para a escolha do redutor no mínimo legal.

Segundo se infere, o Juiz sentenciante **incorreu em** indevido *bis in idem* ao sopesar duplamente a natureza da droga para majorar a pena-base e modular o índice de redução, conforme decidido pelo STF, em sede de repercussão geral, no ARE 666.334/MG (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014),

Do mesmo modo, verifica-se que o Tribunal de origem considerou os "três outros envolvimentos por posse de drogas para consumo pessoal" para manter a fração aplicada em primeiro grau. Todavia, as circunstâncias fáticas dos autos, especificamente a ínfima quantia de droga apreendida – **0,880g de cocaína** –, a primariedade do réu e os registros anteriores pelo delito de posse de droga, evidenciam a condição do réu de pequeno traficante, e, ao que tudo indica, na prática delitiva movido pelo vício. Logo, mostra-se adequada a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração máxima.

Nesse sentido:

> "*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS MAJORADO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). APLICABILIDADE NA FRAÇÃO MÁXIMA. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (3G DE CRACK). REDUÇÃO DA PENA. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PREENCHIDOS OS REQUISITOS DO ART. 33 E ART. 44, AMBOS DO CÓDIGO PENAL - CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFICIO.
> [...]
> 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, porquanto não houve comprovação de que o paciente se dedicava a atividades criminosas, além de que a quantidade de droga apreendida foi pequena (6 pedras de crack - 3g), o que justifica, inclusive, a aplicação da minorante em seu patamar máximo (2/3), conforme o entendimento desta Quinta Turma.
> 3. Em razão de as circunstâncias judiciais serem favoráveis (art. 59 do Código Penal - CP), a pena-base ter sido mantida no mínimo legal, ter sido aplicado o redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no patamar

> máximo de 2/3, a pena aplicada ser inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, alínea "c", do CP) e a quantidade de droga apreendida não ter sido expressiva, o regime a ser imposto deve ser o aberto, de acordo com o disposto no art. 33, 33, §§ 2º, c, e 3º, do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.
> 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 drogas apreendidas, faz jus o paciente à referida benesse.
> 5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, que se torna definitiva em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, além do pagamento 194 dias-multa, fixar o regime prisional aberto para o cumprimento de pena do paciente, bem como determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito a serem especificadas pelo Juízo de Execuções e revogar o acórdão quanto à execução provisória da pena."
> (HC 483.235/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe 02/04/2019)

Passo à readequação da pena.

Mantém-se a pena-base em 5 anos e 3 meses de reclusão, em razão da natureza da droga apreendida, conforme fixado pelas instâncias ordinárias. Na segunda fase, ausentes agravantes e atenuantes, a pena permanece inalterada. Na terceira fase, aplica-se a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar máximo, 2/3, resultando o total da pena em **1 ano e 9 meses de reclusão e 17 dias-multa**.

Em razão da alteração do *quantum* da pena, o regime inicial de cumprimento de pena, por sua vez, também merece alteração.

Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com a preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

In casu, embora não se desconheça que a valoração desfavorável de circunstância judicial (natureza da droga), a princípio, recomendaria a imposição do modo semiaberto, **a excepcionalidade do caso em apreço -** especificamente dada a ínfima quantidade de droga apreendida (**0,880g de cocaína**) e a aferição negativa de apenas uma vertente do art. 59 do CP - autoriza a definição do regime aberto para o cumprimento da pena reclusiva, conforme os seguintes precedentes desta Corte: HC 403.207/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 20/09/2017; AgRg no REsp 1.604.434/RN, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 01/08/2017 e HC 254.506/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/11/2012, DJe 27/11/2012.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Concedo a ordem, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na

fração de 2/3, redimensionando a pena final para **1 ano e 9 meses mais o pagamento de 177 dias-multa**, bem como para estabelecer o regime inicial **aberto**.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 17 de junho de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator