

HABEAS CORPUS Nº 492.776 - PI (2019/0038888-2)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : WERBERTY ARAUJO DE OLIVEIRA
ADVOGADO : WERBERTY ARAUJO DE OLIVEIRA - PI012004
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PIAUÍ
PACIENTE : GIULLIANO FERREIRA LIMA DE SOUSA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de GIULLIANO FERREIRA LIMA DE SOUSA em face de acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PIAUÍ, assim ementado (fls. 33-34):

APELAÇÃO CRIMINAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E CONDUTAS AFINS. SUFICIÊNCIA DE PROVAS APTAS PARA A CONDENAÇÃO DO RÉU PELA PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. IMPOSSIBILIDADE DA REDUÇÃO DA PENA DO MÁXIMO LEGAL. CORRETA DOSIMETRIA SENTENÇA CONFIRMADA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. O arcabouço probatório dos autos é suficiente para a condenação do Apelante, uma vez que restou demonstrada a autoria e materialidade delitiva.
2. In casu, verifica-se o nítido escopo de tráfico de entorpecentes pela análise das circunstâncias em que se dera a prisão em flagrante do Acusado. Os entorpecentes encontrados pelos policiais estavam embalados em sacos plásticos, prontos para comercialização, o que denota a prática de crime de tráfico, não consumo.
3. Depoimento dos policiais. É pacífico o entendimento jurisprudencial sobre a validade e eficácia do depoimento prestado pelo policial, o qual deve ser tido por verdadeiro até prova em contrário. A condição funcional não o torna testemunha inidônea ou suspeita.
4. O art. 42 da Lei de Drogas impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33 da nova Lei de Drogas.
5. Recurso conhecido e improvido.

Consta dos autos que o paciente foi condenado às penas de 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial aberto, mais o pagamento de 100 dias-multa, pela prática do delito do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, substituindo-se a pena privativa de liberdade por 2 penas restritivas de direitos.

Interposta apelação, o Tribunal local negou-lhe provimento.

Daí o presente *writ*, em que o impetrante sustenta, em síntese, que inexistente fundamentação para as instâncias ordinárias não aplicarem a redução de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos no seu patamar máximo.

Superior Tribunal de Justiça

Requer, pois, o deferimento de medida liminar para suspender o trâmite da ação penal ou o início da execução provisória da pena. No mérito, pugna pela concessão da ordem para aplicar-se a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, na sua fração máxima.

A liminar foi indeferida (fls. 52-53).

As informações foram prestadas (fls. 79-89 e 93-105).

O Ministério Público Federal ofertou parecer, manifestando-se pelo não conhecimento do *habeas corpus*, ou por seu indeferimento (fls. 107-109).

É o relatório.

DECIDO.

Alega a defesa que não existe, na espécie, motivação idônea para que não se aplique a redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas no seu patamar máximo, requerendo que seja aplicado o redutor de 2/3.

Quanto à redutora suprarreferida na sentença condenatória consta a seguinte fundamentação (fls. 28-31):

Na forma do § 4º do art. 33 da Lei de drogas, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Observo que **o denunciado é tecnicamente primário, possui bons antecedentes, não havendo outros elementos aptos a configurar que sua conduta seja dedicada a atividades criminosas nem integre organização criminosa, não podendo, assim, ser desconsiderado para fins do benefício previsto no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06.**

[...]

Passo à dosimetria da pena, em estrita obediência ao disposto no art. 68 do CP.

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 42 da Lei 11.343/06 e do art. 59 do CP, a eventual existência de circunstâncias agravantes e atenuantes ou causas de aumento ou diminuição de pena, bem como, ao final, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade aplicada por pena(s) restritiva(s) de direito ou, não sendo esta possível, se o será a suspensão condicional da pena (sursis).

Aplicação da pena privativa de liberdade

Circunstâncias judiciais

(a) Culpabilidade

Como circunstância judicial, a culpabilidade deve ser analisada em sentido lato, entendida como a reprovação social que o crime e o autor merecem. Nesta fase, cabe ao juiz avaliar não mais a presença dos pressupostos acima declinados, sem os quais não há crime, mas o grau de censura social que incide sobre o agente e sobre o fato cometido.

No caso dos autos, verifica-se que a reprovabilidade da conduta é a normal do tipo penal em análise, eis que o denunciado transportava consigo drogas para ser comercializada, colocando em risco a incolumidade de pessoas. No

Superior Tribunal de Justiça

entanto, por ser tal reprovabilidade normal ao tipo, à circunstância não o prejudica.

(b) Antecedentes, conduta social e personalidade.

Trata-se de denunciado primário. Quanto à conduta social e à personalidade, nada consta nos autos que o desabone.

(c) Motivos, circunstâncias e conseqüências do crime A motivação dos delitos é a obtenção de lucro com a venda de drogas, sendo norma a espécie. As circunstâncias e as conseqüências também são as normais do tipo em comento.

(d) Comportamento da vítima.

Não há vítima determinada.

(e) Natureza e a quantidade da substância ou do produto.

O produto apreendido foi cocaína. A quantidade será levada em conta na 3ª fase de aplicação da pena para evitar o bis in idem.

Não foram colhidos elementos sobre a condição econômica do denunciado.

Pena-base

O art. 33, caput, da Lei 11.343/06 fixa para o delito de tráfico de drogas a pena de reclusão, de cinco de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. **Considerando as circunstâncias judiciais já ponderadas, fixo a pena-base privativa de liberdade em seu mínimo legal, ou seja, em 05 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500 dias multas**, a razão de 1/30 do salário mínimo.

(b) Circunstâncias agravantes e atenuantes

Ausentes circunstâncias agravantes. Presente a atenuante da menoridade, porém, como fixei a pena base no mínimo legal e não podendo a atenuante reduzir a pena base em patamar inferior ao limite mínimo, deixo de aplicá-la.

(c) Causas de diminuição e aumento de pena.

Não há causa de aumento de pena.

Presente a causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, caput, da Lei 11.343/06, razão pela qual a reduzo de 1/3, conforme já analisado em momentos anteriores na fundamentação, resultando na pena de 03 anos e 04 meses de reclusão e a pena de 100 dias multas, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo.

Fixação da pena

Fixo a pena, em definitivo, em pena de 03 anos e 04 meses de reclusão e a 100 dias multas, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo.

O Tribunal de origem apresentou a seguinte motivação para negar provimento ao apelo da defesa (fls. 41-42 e 44-45):

DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA

Por fim, suscita a redução da pena ao máximo legal (2/3), alegando que o Apelante é primário, possui bons antecedentes e não integra organização criminosa.

Com relação ao pleito de aplicação da causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, no percentual mínimo, ressalte-se, primeiramente, que este dispositivo prevê que as penas cominadas ao agente pela prática dos crimes previstos na Lei especial poderão ser reduzidos de 1/6

(um sexto) a 2/3 (dois terços) desde que o agente preencha cumulativamente os requisitos ali constantes: ser primário, ter bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e nem integrar organização criminosa. Após verificar a aplicabilidade da referida benesse, deve o juiz considerar todos os elementos constantes nos autos e reputando-a pertinente, cabe-lhe definir o grau de redução apropriado para a pena, considerando as circunstâncias do caso concreto e conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Dessa forma, **constata-se na Sentença Monocrática que o Magistrado reduziu a pena no patamar de apenas 1/3 (um terço), na terceira fase da dosimetria. Todavia, verifica-se que na primeira fase, a natureza e a quantidade de drogas apreendidas não foi usada para a fixação da pena-base, que restou fixada no mínimo legal, sendo, pois, possível a sua utilização na terceira fase da dosimetria da pena.**

Assim, não merece nenhum reparo a decisão do MM Juiz a quo que fixou o patamar de 1/3 (um terço), por entender que estavam presentes os requisitos para aplicação do redutor previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei, tornando definitiva a pena em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 100 (cem) dias-multa.

Nesse contexto, houve a apreensão de quantidade razoável de entorpecente de alto poder de destruição, com efeito devastador.

Assim, a valoração da quantidade da droga apreendida foi considerada apenas na 3ª fase da dosimetria. Logo, deve ser mantido o patamar de redução aplicado na sentença guerreada.

[...]

Assim, com relação à aplicação da pena, também restou adequadamente sopesada as circunstâncias judiciais, fixada a pena em patamar compatível com os fins de prevenção e repressão, não merecendo qualquer reparo na dosimetria da pena. Nesse sentido, deve ser mantida a Sentença, considerando que foi prolatada em conformidade com a lei.

Nesse contexto, deve ser mantida a sentença condenatória do Apelante GIULLIANO FERREIRA LIMA DE SOUSA, à pena de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e, ainda, ao pagamento de 100 (cem) dias-multa, pela prática de crime de tráfico de drogas e condutas afins, delito tipificado no art. 33, caput. da Lei nº 11.343/06.

DISPOSITIVO

Em face do exposto, CONHEÇO do presente recurso, eis que preenchidos os pressupostos legais de admissibilidade, mas NEGO-LHE PROVIMENTO, mantendo incólume a sentença condenatória, em consonância com o parecer do Ministério Público Superior.

Nota-se que a Corte *a quo*, manteve a fração de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 em 1/3, como estabelecida na sentença condenatória, por entender que *houve a apreensão de quantidade razoável de entorpecente de alto poder de destruição, com efeito devastador. Assim, a valoração da quantidade da droga apreendida foi considerada apenas na 3ª*

fase da dosimetria. Logo, deve ser mantido o patamar de redução aplicado na sentença guerreada.

Observa-se, pois, que, muito embora o Tribunal estadual, ao manter o *quantum* de redução de pena fixado no decreto condenatório, tenha acrescido fundamento em recurso exclusivo da defesa, tal não tem o condão de incidir na vedação da *reformatio in pejus*, na medida em que a conclusão a que chegou o aresto atacado não trouxe qualquer prejuízo ao réu, na medida em que se manteve a dosimetria como aplicada pelo Juízo de piso, sem quaisquer acréscimos.

Nesse contexto, a jurisprudência desta Corte consolidou entendimento no sentido de que é possível às instâncias ordinárias, mantendo a pena e o regime inicial aplicados ao réu, lastrear-se em fundamentos diversos dos adotados em Primeira instância, ainda que em recurso exclusivo da defesa, sem configurar ofensa ao princípio do *ne reformatio in pejus*, desde que observados os limites da pena estabelecida pelo Juízo sentenciante, bem como as circunstâncias fáticas delineadas na sentença e na exordial acusatória, o que foi devidamente observado *in casu*. Nesses termos:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. RECEPÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. APELAÇÃO EXCLUSIVA DA DEFESA. INOVAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO PELA CORTE A QUO. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. PROFUNDIDADE DO EFEITO DEVOLUTIVO.

[...]

4. É dominante a jurisprudência desta Corte no sentido de que não há impedimento de o Tribunal a quo, em julgamento de apelação exclusivo da defesa, inovar na fundamentação, desde que não agrave a situação penal do réu. (HC 316.941/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 4/3/2016).

Diante disso, como visto, na espécie, as instâncias ordinárias negaram a aplicação da fração máxima da causa de diminuição da pena em virtude das circunstâncias do caso, em especial, a quantidade da droga apreendida – 98,1 gramas de cocaína (fl. 17).

Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, a quantidade da droga apreendida constitui fundamento idôneo para a modulação da fração prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA MINORANTE EM MENOR

Superior Tribunal de Justiça

FRAÇÃO. FUNDAMENTADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Justificado e proporcional o aumento da pena-base em razão da culpabilidade exacerbada do réu "que recebeu a proposta de cometer o crime de alguém que nunca viu".

2. **Deve ser mantida a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas na fração de 1/6 porque motivada a escolha com base em argumento idôneo e específico dos autos, qual seja, a quantidade de drogas apreendidas (20,75 kg de maconha).**

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1426960/TO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 01/07/2019).

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 59 E 68 DO CP E 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006, NÃO CONFIGURADA. NATUREZA DA DROGA E FORMA DE ACONDICIONAMENTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ACÓRDÃO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. REVISÃO PARA MAJORAR O PATAMAR. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. **O Superior Tribunal de Justiça, em sucessivos julgados, deixou assinalado que a quantidade, a variedade e a nocividade da droga apreendida podem embasar a escolha da fração aplicada pela minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.**

2. **Na espécie, as instâncias ordinárias utilizaram os referidos elementos (natureza, potencial lesivo e circunstâncias em que o delito ocorreu) para justificar a aplicação da fração de redução pelo privilégio do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no patamar mínimo, de 1/6. Inviável, por conseguinte, a revisão do quantum eleito na presente via, a teor do óbice da Súmula 7/STJ.**

3. A aplicação da pena é um processo de discricionariedade vinculada, de forma que a dosimetria está atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e às subjetivas do agente, a qual somente pode ser revista por esta Corte Superior nos casos de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade, inexistentes no caso.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 1013035/AM, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/04/2017, DJe 28/04/2017).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO EM PATAMAR AQUÉM DO MÁXIMO. FIXAÇÃO EM RAZÃO DA QUANTIDADE OU NATUREZA DA DROGA. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. Reconsiderada a decisão que não conheceu do agravo com fundamento na

Superior Tribunal de Justiça

incidência da Súmula 7/STJ.

2. Em regra, não se presta o recurso especial à revisão da dosimetria da pena estabelecida pelas instâncias ordinárias. Admite-se o reexame quando configurada manifesta violação dos critérios dos arts. 59 e 68, do CP, sob o aspecto da legalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.

3. **Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a natureza, a variedade e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a fixação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em patamar inferior ao máximo legal, nos termos do art. 42 da mesma Lei. Precedentes.**

4. Agravo regimental provido para conhecer do agravo em recurso especial e negar-lhe provimento. (AgRg no AREsp 859.393/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 02/02/2017).

Ante o exposto, denego o *habeas corpus*.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 08 de outubro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator