

Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.582.637 - RJ (2019/0275206-7)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : JULIANA FERNANDES DA SILVA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DECISÃO

Trata-se de agravo contra decisão que não admitiu o recurso especial, interposto com fulcro no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal, em desfavor de acórdão assim sumariado:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES MAJORADO PELA PRÁTICA NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL (ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, III, AMBOS DA LEI N.º 11.343/06). APELANTE QUE, NA PORTARIA DA PENITENCIÁRIA, CONSCIENTE E VOLUNTARIAMENTE, TRAZIA CONSIGO, NO INTERIOR DE SUA VAGINA, PARA FINS DE TRÁFICO, SEM AUTORIZAÇÃO E EM DESACORDO COM DETERMINAÇÃO LEGAL E REGULAMENTAR, 100 GRAMAS DE MACONHA, ACONDICIONADOS EM 01 TABLETE. PRETENSÃO DEFENSIVA À ABSOLVIÇÃO, POR TRATAR A HIPÓTESE DE CRIME IMPOSSÍVEL, QUE SE NEGA, ESPECIALMENTE PELA EFICIENTE PROVA ORAL COLACIONADA, FIRMADA NOS DEPOIMENTOS DAS AGENTES PENITENCIÁRIAS, SEGURAS NO SENTIDO DE QUE, ESCOLHIDA ALEATORIAMENTE, A RÉ FOI FLAGRADA PORTANDO O MATERIAL ENTORPECENTE ESCONDIDO NAS PARTES ÍNTIMAS, NO MOMENTO EM QUE TENTAVA INGRESSAR NA UNIDADE PRISIONAL. CRIME IMPOSSÍVEL QUE NÃO SE RECONHECE. O TRÁFICO DE ENTORPECENTES É CRIME FORMAL, INSTANTÂNEO E PERMANENTE, CONSUMANDO-SE, PORTANDO, COM O SIMPLES FATO DE TRAZER CONSIGO A SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE, COMO NA HIPÓTESE. LOGO, SE O CRIME JÁ ESTAVA CONSUMADO NO MOMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM TENTATIVA INIDÔNEA. REDUÇÃO AO PATAMAR MÁXIMO OU POR OUTRA FRAÇÃO MAIS BENÉFICA DO QUANTUM APLICADO PELO RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO PREVISTO NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 IMPOSSÍVEL. O PERCENTUAL DE 1/2 APLICADO NA SENTENÇA FOI DEVIDAMENTE JUSTIFICADO PELO SENTENCIANTE, EM RAZÃO DAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO, ESPECIALMENTE PORQUE PERPETRADO NO INTERIOR DE

Superior Tribunal de Justiça

UNIDADE PRISIONAL E COM CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE DROGAS (100 GRAMAS DE MACONHA). AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À NORMA CONSTITUCIONAL OU INFRACONSTITUCIONAL. DESPROVIMENTO DO RECURSO (fls. 210-211).

A defesa interpôs recurso especial por violação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Sustenta, em síntese, que a recorrente preenche os requisitos para a redução máxima da pena, sendo que o acórdão negou a aplicação da fração de 2/3 em razão da quantidade do entorpecente (100g de maconha), o que não se justifica.

A r. decisão agravada não admitiu o recurso especial haja vista a incidência da Súmula n. 7 desta Corte.

Apresentada a contraminuta às fls. 288-290. O Ministério Público Federal opina pelo não provimento do agravo (fls. 308-312).

É o relatório. Decido.

Conheço do agravo em recurso especial, visto que atacado o fundamento da decisão agravada.

A irresignação merece provimento.

Com efeito, o Tribunal de origem manteve a aplicação do redutor de pena na terceira fase da dosimetria no patamar de 1/2, adotando os seguintes fundamentos:

Insurge a defesa, ainda, contra o fato de o Juiz singular não ter aplicado a causa de diminuição do art. 33 § 4.º da Lei de Drogas em seu patamar máximo, o que não merece consideração.

Isto porque a decisão foi fundamentada nas peculiaridades do caso concreto, especialmente porque perpetrado no interior de unidade prisional e com considerável quantidade de drogas (100 gramas de maconha), entendendo necessária para a adequada reprovação e prevenção do crime, a adoção do percentual de 1/2, o que não comporta qualquer reparo (fl. 216).

Na hipótese, foi apreendida a quantidade de 100g de maconha, sem indícios de envolvimento em crimes ou que integra organização criminosa, conforme reconhecido pelas instâncias ordinárias. Ademais, inviável a consideração do crime ter ocorrido dentro de presídio, uma vez que valorado como causa de aumento. Desse modo, desarrazoada a imposição de fração diversa da máxima pela incidência da minorante.

Superior Tribunal de Justiça

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). APLICABILIDADE NA FRAÇÃO MÁXIMA. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REDUÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PREENCHIDOS OS REQUISITOS DO ART. 33 E ART. 44, AMBOS DO CÓDIGO PENAL - CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

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 criminosas e não integrar organização criminosa. Na hipótese em apreço, resta evidenciado o constrangimento ilegal, pois não houve comprovação de que o paciente se dedicava a atividades criminosas, pois a quantidade de drogas apreendidas foi pequena (8 porções maconha com peso de 34,98g) e por si só não justifica a aplicação da fração mínima de 1/6, conforme o entendimento desta egrégia Quinta Turma.

3. Reduzida a pena ao patamar inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, "c", do CP) e em razão da primariedade do paciente e da inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP), bem como da fixação da pena-base no mínimo legal, o regime a ser imposto deve ser o aberto.

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 relativamente ao delito de tráfico de drogas, aplicando a causa redutora de pena (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06) em seu patamar máximo, tornando-a definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, fixando o regime aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a serem especificadas pelo Juízo de Execuções (HC 473.950/SP, por mim relatado, QUINTA TURMA, DJe 22/04/2019).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS.

Superior Tribunal de Justiça

CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICABILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. Nos termos 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 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

3. Segundo o art. 42 da Lei de Drogas, "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

4. No caso, ao contrário do firmado pelo Tribunal de origem, entende-se que a quantidade do entorpecente apreendido - 28 invólucros de maconha (96,6g) - não se mostra elevada, fazendo jus o paciente à aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, sobretudo quando considerada sua primariedade, bons antecedentes e a ausência, no caso concreto, de elementos indicativos de que integre organização criminosa ou de que se dedique à criminalidade.

4. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

5. Estabelecida a pena definitiva em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, verificada a primariedade da agente e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, o cumprimento inicial em regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.

6. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no grau máximo (2/3), tornando a pena definitiva da paciente em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, mais o pagamento de 195 (cento e

Superior Tribunal de Justiça

noventa e cinco) dias-multa, substituída, ainda, a sanção corporal por pena restritiva de direitos, a ser fixada pelo Juízo da execução (HC 309.154/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 3/6/2016).

Portanto, deve ser redimensionada a pena na terceira fase.

Conforme a sentença, mantenho a pena-base no patamar mínimo de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 dias-multa; na segunda fase, ausentes agravantes e atenuantes, a pena fica mantida no mesmo patamar de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 dias-multa. Na terceira etapa, presentes a causa de diminuição do art. 33, § 4º, e a de aumento do art. 40, VI, da Lei Antidrogas, aplico a fração de 2/3 de redução e a de 1/6 de aumento e fixo a pena definitiva em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 193 dias-multa. Ficam mantidos os demais termos do acórdão.

Ante o exposto, conheço do agravo e com fundamento na Súmula n. 568 desta Corte, dou provimento ao recurso especial para redimensionar a pena da recorrente, nos termos da fundamentação supra.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 27 de novembro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator