

HABEAS CORPUS Nº 545.124 - RS (2019/0338113-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : CRISTIANE EPPLÉ
ADVOGADO : CRISTIANE EPPLÉ - RS073904
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : GLAUCO DRESCHER (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de GLAUCO DRESCHER contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação n. 0282981-05.2017.8.21.7000.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pelo juízo singular, às penas de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial aberto, 500 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (e-STJ, fls. 28/35).

Inconformadas, ambas as partes apelaram e o Tribunal *a quo* negou provimento ao apelo defensivo e, por maioria de votos, proveu o recurso ministerial para condenar o paciente pela prática do crime tipificado no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa (e-STJ, fls. 12/22).

Opostos embargos infringentes pela defesa, foram rejeitados (e-STJ, fls. 23/27).

No presente *mandamus* (e-STJ, fls. 3/11), a impetrante sustenta estar configurado constrangimento ilegal, pelo afastamento do redutor de pena, previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a despeito de apontar estarem presentes todos os requisitos para a concessão do benefício, uma vez que não há

nos autos a indicação de que o paciente se dedique a atividades ou integre organização criminosa.

Aponta, ademais, que o paciente faz jus ao regime inicial mais brando e à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ao final, requer, liminarmente e no mérito, a aplicação do redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima, a fixação de regime inicial mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 38/40).

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 50/52, opinou pelo não conhecimento ou pela denegação da ordem, nos termos da seguinte ementa:

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. DESCABIMENTO. NARCOTRÁFICO. PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA COM BASE NO ARTIGO 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INVIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR PENAS RESTRITIVA DE DIREITOS. CONDENAÇÃO SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO COM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PARECER POR NÃO CONHECIMENTO OU DENEGAÇÃO DO WRIT.

Às e-STJ fls. 58/548, a defesa requereu a reconsideração da decisão proferida na liminar e juntou a cópia integral dos autos.

É o relatório. **Decido.**

Inicialmente, cumpre analisar a adequação da via eleita para a manifestação da irresignação contra o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema

recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

No caso, a impetração insurge-se contra acórdão do Tribunal de origem que julgou o apelo defensivo, o que, de acordo com a nossa sistemática recursal, enseja a hipótese do recurso especial.

Dessa forma, o *habeas corpus* em tela não merece conhecimento.

Contudo, a coação ilegal apontada na inicial será analisada, a fim de verificar a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação, de ofício, por este Superior Tribunal de Justiça.

Busca-se, na presente impetração, a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, além do abrandamento do regime inicial e da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Preliminarmente, cabe observar que, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n.º 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 organização criminosa**.

Sob essas diretrizes, extrai-se dos autos que o Tribunal local, reformando a decisão de primeiro grau, afastou a aplicação da redutora do tráfico privilegiado por meio da seguinte fundamentação (e-STJ fl. 19):

[...]

Por derradeiro, com respeito ao apenamento, razão assiste ao Ministério Público, pois, dada a quantidade da droga (art. 42, da Lei Antidrogas I), mostra-se inviável a observância da minorante de que trata o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, com o que, fixada a pena base no mínimo legal (fl. 203), vai estabelecida a sanção carcerária nesse patamar (cinco anos de reclusão). E a pena cumulativa em quinhentos dias-multa).

[...]

Pela leitura do recorte acima, verifico que assiste razão ao impetrante, tendo em vista que o fundamento utilizado pela Corte local para afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado foi a presunção de que o paciente se tratava de pessoa dedicada às atividades criminosas devido à elevada quantidade de entorpecente apreendido – 298 comprimidos de ecstasy - sem, contudo, haver a demonstração, por meio de outros elementos concretos extraídos dos autos, de que o paciente efetivamente se dedicava à atividade criminosa ou que fizesse da mercancia seu meio de vida.

Em hipóteses análogas, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADA À PENA CORPORAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME PRISIONAL FECHADO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE PRIMÁRIA E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO QUE NÃO LEVAM À CONCLUSÃO DA DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES ILÍCITAS. RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. VARIEDADE E NOCIVIDADE DE UMA DAS DROGAS APREENDIDAS. FRAÇÃO REDUTORA DE 1/3 APLICADA. PENA REDUZIDA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. NOCIVIDADE DO ENTORPECENTE QUE POSSIBILITA A FIXAÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM O BENEFÍCIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. ACÓRDÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO PARA ACUSAÇÃO E DEFESA. CASSADA LIMINAR ANTERIORMENTE DEFERIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- Nos termos do art. 33, § 4º, 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 organização criminosa. Contudo, na ausência de indicação pelo

legislador das balizas para o quantum da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem, juntamente com as circunstâncias do delito, a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.

- Hipótese em que a quantidade das drogas apreendidas não foi tão elevada a ponto de indicar, juntamente com as circunstâncias do delito, a dedicação da acusada, que é primária, às atividades ilícitas, de modo que a fundamentação utilizada pelo acórdão recorrido não se sustenta para, no caso em tela, afastar a figura do tráfico privilegiado.

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio, para, cassando a liminar deferida, reconhecer o privilégio e, em decorrência, reduzir as penas da paciente para 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 388 dias-multa (HC 385.243/SP, de minha relatoria, Quinta Turma, DJe 28/3/2017).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DE DROGA NÃO EXPRESSIVA. AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DA PACIENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. APLICABILIDADE DO ÍNDICE EM METADE. SUFICIENTE. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉ PRIMÁRIA E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. 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 organização criminosa (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o

quantum dessa redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.

4. Hipótese em que a falta de ocupação lícita pelo agente e a inexpressiva quantidade de droga apreendida (23,6 g de cocaína) não justificam o afastamento do redutor pelo tráfico privilegiado. A minguada de elementos concretos que indiquem a dedicação da paciente a atividades criminosas, e considerando sua primariedade e bons antecedentes, é suficiente a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em patamar médio (1/2), atento aos vetores do art. 42 da Lei. Manifesta ilegalidade verificada.

[...]

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/2, ficando a pena final em 2 anos e 6 meses de reclusão, mais pagamento de 250 dias-multa, bem como para fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser fixada pelo Juízo das Execuções (HC 378.556/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 15/2/2017).

Ressalte-se, entretanto, que, embora a quantidade de drogas apreendidas isoladamente não legitime o afastamento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tal circunstância é parâmetro idôneo para modular a fração da redutora do tráfico privilegiado.

Sobre o tema, vejam-se os julgados abaixo:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. 'MULA'. ATUAÇÃO A SERVIÇO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. FUNDAMENTO VÁLIDO PARA O FIM DE MODULAR O REDUTOR DA PENA EM PATAMAR AQUÉM DO MÁXIMO.

1. O Tribunal Regional Federal decidiu em harmonia com a jurisprudência desta Corte, assentada no sentido de que 'a atuação na condição de mula, embora não seja suficiente para

denotar que integre, de forma estável e permanente, organização criminosa, configura circunstância concreta e elemento idôneo para valorar negativamente a conduta do agente, na terceira fase da dosimetria, modulando-se a aplicação da causa especial de diminuição de pena pelo tráfico privilegiado, como ocorre na espécie' (AgRg no HC n. 410.698/SP, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 16/10/2017, grifei).

2. *Agravo regimental desprovido.* (AgRg no AREsp n. 1.372.189/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, DJe 4/2/2019)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. SÚMULA 7/STJ. CONTRIBUIÇÃO DO AGENTE COM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA NA CONDIÇÃO DE MULA. APLICAÇÃO DO REDUTOR. POSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. *Assentado pelo Tribunal a quo, soberano na análise dos fatos, que inexistia prova da dedicação da acusada à atividade criminosa, a alteração desse entendimento enseja o revolvimento do conteúdo probatório dos autos, inadmissível em recurso especial (Súmula 07/STJ).*

2. *No caso, conforme se extrai dos excertos, o Tribunal de origem, em consonância com o entendimento da Suprema Corte, concluiu motivadamente pela aplicação do redutor no patamar de 1/3, tendo em vista que a atuação da ré era típica de 'mulas do tráfico', embora tenha sido apreendida com grande quantidade de drogas (33 kg de maconha).*

3. *O atual entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria é no sentido de que a simples atuação como 'mula', por si só, não induz que o réu integre organização criminosa, de forma estável e permanente, não constituindo, portanto, fundamento idôneo para afastar a aplicação do redutor em sua totalidade, tratando-se de meras ilações, presunções ou conjecturas, até porque pode se tratar de recrutamento único e eventual (Precedentes.)*

4. *Agravo regimental não provido.* (AgRg no REsp n. 1.776.471/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 19/12/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENDIDA ALTERAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO PELA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. FRAÇÃO MÍNIMA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O legislador não delimitou parâmetros para a redução da pena pela causa de diminuição prevista na Lei de Drogas, de forma que o quantum de diminuição fica adstrito ao prudente arbítrio do magistrado, que deve observar o princípio do livre convencimento motivado.

2. No caso, a fração implementada revela-se proporcional e fundamentada, tendo o Tribunal de origem motivado a escolha do patamar mínimo em razão da grande quantidade de drogas apreendidas (12,6 kg de maconha) e nas circunstâncias do caso, notadamente na atuação da agente como mula do tráfico.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 1.357.355/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, DJe 4/12/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. APREENSÃO DE 29.907 g DE COCAÍNA. REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006 APLICADO PELO TRIBUNAL A QUO NA FRAÇÃO DE 1/6. TRANSPORTE DE DROGA. EXAME DAS CIRCUNSTÂNCIAS DA CONDUTA. ATUAÇÃO DA AGENTE SEM INTEGRAR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA.

1. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o exercício da função de mula, embora indispensável para o tráfico internacional, não traduz, por si só, adesão, em caráter estável e permanente, à estrutura de organização criminosa, até porque esse recrutamento pode ter por finalidade um único transporte de droga, porquanto descabe afastar a

incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 com base em mera conjectura ou ilação de que os réus integrariam organização criminosa (HC 124.107/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 24.11.2014)

3. No presente caso, a Corte de origem reconheceu o tráfico privilegiado em favor do envolvido, mas, diante das circunstâncias em que o delito ocorreu, notadamente agravada pela forma em que o acusado transportava a cocaína, embalada e escondida dentro da mala, em caixas de camisas com quadrados embrulhados em papel carbono, o que demonstra que ele teria recebido a mala já pronta para o transporte, verificou-se o vínculo, ainda que eventual, com a organização criminosa, concluindo pela fração redutora de 1/6 é a que mais se amolda à hipótese, não havendo, portanto, que se falar em ilegalidade em tal fração aplicada, uma vez que houve fundamentação concreta e em consonância à jurisprudência desta Corte.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp n. 1.179.709/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, DJe 20/6/2018)

Dessa forma, tendo em vista a primariedade, os bons antecedentes e a ausência de demonstração de que o paciente se dedicava a atividades criminosas ou integrasse organização criminosa, reconheço o constrangimento ilegal em virtude da não incidência da minorante, razão pela qual a dosimetria da sua pena deve ser refeita.

Na primeira fase, mantenho a pena-base em 5 anos de reclusão, e 500 dias-multa, a qual permanece na segunda etapa, em razão da inexistência de circunstâncias atenuantes ou agravantes. Na terceira fase, aplico o redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/6, em decorrência da expressiva quantidade de entorpecente apreendido, ficando a reprimenda definitivamente estabilizada em 4 anos e 2 meses de reclusão, e e 416 dias-multa.

Quanto ao regime, verifico que a quantidade e a natureza da droga apreendida autorizam a fixação de regime prisional mais gravoso, para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei de Drogas.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06). NÃO APLICAÇÃO. DEDICAÇÃO DOS PACIENTES ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para não aplicar a minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas ao caso concreto, em razão da dedicação dos pacientes à atividade criminosa, evidenciada sobretudo pela quantidade de drogas apreendida - 1.492g de maconha -, alidada às circunstâncias do delito, está em consonância com o entendimento desta Corte Superior de Justiça. Ademais, para se acolher a tese de que os pacientes não se dedicam à atividade criminosa, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em habeas corpus.

3. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo, de acordo com o disposto no enunciado n. 440 da Súmula desta Corte e os enunciados ns. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal - STF.

4. Sedimentou-se, ainda, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º, do Código Penal em conjunto com o art. 42 da Lei 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

No caso dos autos, é imperiosa a fixação do regime prisional mais gravoso, pois, embora a pena-base tenha sido fixada no

Superior Tribunal de Justiça

mínimo legal e o quantum de pena permitam, em tese, o regime intermediário, a elevada quantidade da droga apreendida - quase 1,5kg de maconha -, justifica a fixação do regime fechado, nos termos do art. 33, § 2º, b e § 3º, do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/06.

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 478.221/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 21/2/2019, DJe 6/3/2019) - (grifei)

Por fim, mantida a pena em patamar superior a 4 anos de reclusão, descabida a sua substituição.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Todavia, **concedo a ordem, de ofício**, para aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e, em consequência, reduzir as penas do paciente ao novo patamar 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 416 dias-multa.

Intimem-se.

Brasília/DF, 18 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator