

HABEAS CORPUS Nº 534.651 - PE (2019/0282664-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
ROBERTA RODRIGUES PITANGA DE MACEDO - PE022714
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : ANDERSON ANTONIO DE SANTANA FERREIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de ANDERSON ANTONIO DE SANTANA FERREIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (Apelação n. 0011270-47.2011.8.17.0370).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 7 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 600 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, inciso III, ambos da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 12/19).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi parcialmente provido para reduzir as penas do paciente para 6 anos e 5 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 600 dias-multa (e-STJ fls. 54/65), em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, CAPUT C/C ART. 40, INCISO II, TODOS DA LEI 11.343/06. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. ART. 28 DA LEI ANTIDROGAS. TESE SEM BASE NAS PROVAS COLIGIDAS. TESTEMUNHOS POLICIAIS QUE SÃO CONSONANTES. DESCLASSIFICAÇÃO QUE NÃO MERECE ACOLHIMENTO. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO PELO CRIME PREVISTO NO ART. 33, CAPUT, DA CITADA LEI. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE EM RAZÃO DA NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS, ALÉM DO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA EM RELAÇÃO AO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. DECOTE REALIZADO. PENA-BASE REDIMENSIONADA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO §4º, DO ART. 33 DA LEI ANTIDROGAS. INAPLICABILIDADE. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS

QUE PRESSUPÕE A TRAFICÂNCIA COMO MEIO DE VIDA. PRECEDENTES DO STJ. MANUTENÇÃO DA PENA DE MULTA E DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/4), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois não aplicou o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, embora os requisitos legais para a incidência do benefício estejam presentes. No ponto, afirma que a motivação apresentada na origem viola os princípios da legalidade e da presunção de inocência, na medida em que não é admissível concluir pela dedicação à traficância exclusivamente com base na quantidade dos entorpecentes apreendidos, que no caso sequer é expressiva e já foi utilizada para incrementar a pena-base.

Em consequência do pleiteado redimensionamento da pena, defende o cabimento do regime aberto.

Ao final, pede a concessão da ordem para que a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 seja aplicada em seu patamar máximo, redimensionando-se a pena do paciente, além da fixação de regime prisional mais brando.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 73/75, opinou pelo não conhecimento ou pela denegação da ordem, nos termos da seguinte ementa:

Habeas corpus impetrado como sucedâneo recursal. Impossibilidade. Ademais, não é o caso de concessão da ordem de ofício. Tráfico de drogas. Pedido de reconhecimento da minorante do § 4º do artigo 33 da lei nº 11.343/2006. Inviabilidade, em virtude da quantidade de entorpecente encontrada em posse do paciente, 95 pedras de crack, a denotar dedicação às atividades criminosas. Óbice previsto no artigo 42 da lei nº 11.343/2006. Parecer pelo não conhecimento do writ e, caso ultrapassada a preliminar, pela denegação da ordem.

É o relatório. Decido.

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

No caso, a Corte local alterou o cálculo da pena do paciente na primeira e segunda fases, mas manteve a sentença quanto à negativa de aplicação da redutora do tráfico privilegiado. Confira-se (e-STJ fls. 61/64):

Verifica-se, na primeira fase, que o magistrado sentenciante considerou como desfavoráveis as circunstâncias judiciais referentes à quantidade e natureza da droga, bem assim, o comportamento da vítima.

No que concerne à quantidade e à natureza da droga apreendida, constata-se, sem maiores dificuldades, que noventa e cinco pedras de crack constitui causa suficiente para ter as vetoriais do art. 42 da Lei Antidrogas como desfavoráveis, uma vez que a referida substância entorpecente é reconhecidamente como sendo de grande potencial lesivo e capaz de viciar rapidamente os seus usuários.

Assim, mostra-se acertada a exasperação da pena-base pela fundamentação expendida, razão pela qual a mantenho.

Quanto ao comportamento da vítima, o juízo assim declinou: "como a vítima é a sociedade, esta em nada contribuiu para a realização do crime".

Com relação a essa circunstância, porém, a doutrina e a jurisprudência pátrias têm entendido que ela somente deve ser utilizada para beneficiar o agente e nunca para prejudicá-lo. O STJ, nesse sentido, tem assim se manifestado:

[...]

Diante disso, entendo que a aludida vetorial não pode ser considerada para prejudicar o acusado, de forma que, no presente caso, a considero neutra.

Assim, das vetoriais do art. 59 do CP c/c art. 42 da Lei nº 11.343/06, apenas a quantidade e a natureza da droga podem ser tidas como desfavoráveis, razão pela qual, fixo a pena-base em 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

Na segunda fase, o magistrado reconheceu a atenuante da menoridade de 21 (vinte e um) anos, reduzindo a reprimenda

em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão.

Entendo, nesse sentido, por manter a atenuante na mesma proporção estabelecida, de modo que fixo a pena intermediária em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além de multa de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa.

Na terceira fase, o juízo a quo afastou a causa de diminuição de pena prevista no §4º, do art. 33, da multicitada norma especial, argumentando, para tanto, que a quantidade de entorpecentes impediria a aplicação do benefício.

A defesa, porém, se insurge desta exclusão operada pelo juiz sentenciante.

De fato, o STJ, a princípio, tinha o entendimento de que a elevada quantidade de droga, por si só, não poderia afastar a incidência da causa de diminuição de pena contida no do art. 33 da Lei n. 11.343/06, por ausência de expressa previsão legal.

Contudo, a aludida Corte modificou o seu entendimento, fixando agora a seguinte linha de raciocínio:

[...]

No caso específico, o Apelante foi preso com 95 (noventa e cinco) invólucros contendo crack, quantidade essa que deixa evidente que ele, efetivamente, se dedicava à atividade criminosa, pelo que deveria ter ocorrido a repulsa da causa de diminuição de pena.

Assim, tenho por manter inalterada a sentença nesse ponto.

[...]

Assim, ressaí da transcrição supra que a Corte local afastou a minorante com base na quantidade da droga apreendida - 95 (noventa e cinco) invólucros contendo crack.

Contudo, o fundamento não deve prevalecer, tendo em vista que a quantidade da droga - 6,403g de crack - não justifica, de forma isolada, o afastamento da benesse. A propósito:

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).

Portanto, tendo em vista a primariedade e os bons antecedentes do paciente, bem como a ausência de indicação concreta de que se dedique ou integre organização criminosa, conforme acima expandido, inafastável a aplicação ao caso do redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Passo, assim, ao ajuste da reprimenda.

De início, verifico que, no caso, a quantidade de drogas apreendidas não justifica a exasperação da pena-base, motivo pelo qual a fixo em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, a qual permanece da segunda fase da dosimetria, mesmo com a menoridade relativa do paciente, em razão da Súmula 231/STJ. Na terceira etapa, aplico a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 na fração de 2/3, e, mantido o acréscimo de 1/6 aplicado na origem, em virtude da causa de aumento prevista no art. 40, III, da mesma Lei, torno a pena do paciente definitiva em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 194 dias-multa.

Quanto ao regime de cumprimento da reprimenda, tratando-se de paciente primário, condenado a pena inferior a 4 anos de reclusão, entendo que a quantidade dos entorpecentes apreendidos não é expressiva a ponto de justificar o recrudesimento do regime prisional, motivo pelo qual deve ser conferido ao paciente o regime aberto, a teor do disposto nos arts. 33, §§ 2º, "c", e 3º, do Código Penal.

De igual modo, reputo atendidos os requisitos objetivos e subjetivos para a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, I, II e III, do CP. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO ABSOLUTÓRIO.

ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA NÃO DEMONSTRADAS PELO ACÓRDÃO ESTADUAL. ILEGALIDADE CONFIGURADA. RECURSO PROVIDO.

[...]

2. Na espécie, as circunstâncias apontadas pelo acórdão recorrido não são suficientes para caracterizar a estabilidade e permanência necessárias à configuração do crime de associação para o tráfico, razão pela qual impossível a condenação pelo delito de associação para o tráfico. Precedentes.

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PRIMARIEDADE. PEQUENA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. NATUREZA DO ENTORPECENTE. APLICAÇÃO NA FRAÇÃO DE 1/2 (METADE).

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, 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. In casu, afastada a condenação pelo crime de associação para o tráfico e inexistentes indícios de dedicação da sentenciada a atividades ilícitas, ou de sua participação em organização criminosa, sendo ela primária e de bons antecedentes, e considerando a quantidade não elevada da droga apreendida, mas sem olvidar sua natureza altamente danosa à saúde humana, de rigor a aplicação da benesse, mostrando-se razoável e proporcional ao caso a aplicação da fração redutora de 1/2 (metade).

REGIME INICIAL. DESPROPORCIONALIDADE AO QUANTUM FINAL DA PENA. ALTERAÇÃO PARA O MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS.

1. Reduzida a pena privativa de liberdade para patamar inferior a 4 (quatro) anos, ante a favorabilidade das circunstâncias judiciais e a pequena quantidade de entorpecente apreendido, proporcional o estabelecimento do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas, nos termos dos art. 33, § 2º, letra "c", § 3º e 44, ambos do CP.

2. Agravo regimental provido para absolver a agravante pelo

Superior Tribunal de Justiça

delito de associação para o tráfico de entorpecentes e redimensionar sua pena para 2 anos e 6 meses de reclusão e multa, em regime inicial aberto e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a serem designadas pelo Juiz Criminal competente. (AgRg no AREsp n. 1.181.560/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 24/4/2018, DJe 4/5/2018)

Ante o exposto, com base no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno do STJ, **não conheço** do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem, de ofício**, para redimensionar a pena do paciente para **1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 194 dias-multa**, além de fixar o regime inicial aberto e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a critério do Juízo das Execuções Penais.

Publique-se.

Brasília/DF, 27 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator