



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 546697 - RS (2019/0347847-2)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
NILTON LEONEL ARNECKE MARIA - RS054268
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : DIOGO LEONARDO LOPES DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. **(3 GRAMAS DE COCAÍNA e 44 GRAMAS DE MACONHA)**. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDA NÃO JUSTIFICA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006 AFASTADA DE FORMA INIDÔNEA. RECONHECIMENTO NA FRAÇÃO DE 1/2 (METADE). READEQUAÇÃO DA REPRIMENDA, COM A FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de DIOGO LEONARDO LOPES DA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul proferido na Apelação n.º 70082310434 (CNJ: 0202952-94.2019.8.21.7000).

Consta nos autos que o Paciente foi condenado às penas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, uma vez que foi surpreendido com "15 (quinze) buchas de cocaína, pesando por volta de 3g; e 42 (quarenta e duas) porções de *cannabis sativae*, popularmente conhecida como maconha, pesando aproximadamente 44g" (fl. 14).

Inconformados, a Acusação e a Defesa apelaram ao Tribunal de origem, o qual, em 24/10/2019, negou provimento ao recurso defensivo, mas deu parcial provimento ao apelo ministerial para excluir a minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, fixando as penas em 5 (cinco) anos de reclusão, em regime semiaberto.

Neste *writ*, a Defesa aduz que o Paciente faria jus à causa de diminuição de pena no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, ao argumento de que a quantidade de entorpecentes apreendidos não foi expressiva e o fato de o Réu estar desempregado não indica que se dedica a atividades criminosas.

Requer (fl. 10):

"[A] concessão da LIMINAR, visto que presente o periculum in mora e o fumus boni iuris, e, ao final, concedido o HABEAS CORPUS, para cassar o acórdão proferido pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de modo a corrigir a dosimetria da pena aplicada para o delito pelo qual restou o paciente condenado, aplicando-se a minorante do tráfico privilegiado

em seu grau máximo, bem como a pena de multa proporcionalmente, conforme acima delineado."

Indeferi o pedido liminar às fls. 344-346.

As informações foram prestadas às fls. 352-374 e 375-394.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 399-403, opinando *"pelo não conhecimento do writ, caso contrário, pela denegação da ordem."*

É o relatório.

Decido.

No caso, após acurada leitura das peças que instruem os autos, notadamente da sentença (fls. 353-358) e do acórdão que julgou a apelação criminal (fls. 324-335), verifico a existência de flagrante ilegalidade, apta a ensejar a concessão da ordem de *habeas corpus*.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul majorou a pena-base e excluiu a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, com a seguinte justificativa (fls. 331-332; sem grifos no original):

"Não há elementos para a verificação da conduta social do agente, pelo que devem ser considerados neutros os vetores do art. 59 do CP.

De outro lado, com base no disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/06, pode-se assegurar que a natureza de parte da droga, especificamente a cocaína, é grave, tratando-se de uma das drogas mais prejudiciais à saúde pública, dotada de alto potencial de vício e degradação.

Assim, merece acolhida a irresignação ministerial, devendo ser redimensionada a pena-base para 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, pois a natureza da cocaína pesa em desfavor do acusado.

Na segunda fase, presente a atenuante da menoridade, impositiva a redução da pena provisória para 05 (cinco) anos de reclusão.

Na terceira fase, entendo que tem razão o Promotor de Justiça ao postular a exclusão da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06.

De fato, entendo que não era caso de aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11,343/06, a qual é reservada a traficantes de pequena monta, iniciantes ou eventuais, sendo inaplicável aos casos de agentes que se dedicam à atividade criminosa.

Note-se, a respeito, que a minorante referida é uma benesse e, portanto, exceção à regra; destarte, não deve ser objetiva e indiscriminadamente aplicada, mas reservada a casos excepcionais em que a pena mínima do tráfico (que, sabidamente, por si só é um crime grave e usualmente merece a mais severa repressão) se mostre desproporcional.

Digo Isso porque não concordo com o primariedade do réu basta para que mereça o benefício: entendo sempre necessária a análise do caso concreto, para garantir que a minorante seja reservada unicamente a traficantes realmente eventuais, que não fazem do tráfico sua 'profissão'.

E a figura do traficante eventual é admissível, ao menos no meu entendimento, apenas com relação àqueles indivíduos chamados 'aviõezinhos', que ficam em uma esquina, com pouca quantidade de droga, com a tarefa de vender e repassar o produto da venda ao seu 'superior', em troca de uma contraprestação (geralmente dinheiro ou drogas). Afora tais hipóteses, o tráfico sempre exige dedicação.

Caso concreto em que o acusado não demonstrou exercer qualquer atividade lícita e, embora a tenra Idade, responde a outras quatro ações penais por tráfico de drogas, além do presente feito, circunstância que indica o envolvimento do réu em atividade criminosa. Inviável, pois, falar-se em tráfico eventual e ausência de dedicação à atividade ilícita."

Observa-se que a quantidade de droga apreendida – *"15 buchas de cocaína, pesando 03 gramas, e 42 porções de maconha, pesando 44 gramas"* (fl. 330) – não pode ser considerada por demais relevante a ponto de fixar a pena-base acima do mínimo legal, pois não demonstra, por si

só, maior reprovabilidade da conduta delituosa prevista no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006.

Nesse sentido:

"[...]"

1. A circunstância judicial relativa à quantidade de drogas, prevista no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, foi sopesada negativamente em razão da apreensão de 42,4g (quarenta e dois gramas e quatro centigramas) de 'maconha', bem como 6,7g (seis gramas e sete centigramas) de 'cocaína'. Não obstante a variedade das drogas, as quantidades apreendidas não demonstram reprovabilidade suficiente para exasperar a pena-base, por não extrapolar o tipo penal. Precedentes.

"[...]"

3. Concedida a ordem de habeas corpus a fim de, reformando o acórdão recorrido, readequar a pena do Paciente ao patamar de 7 (sete) anos, 10 (dez) meses e 8 (oito) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 793 (setecentos e noventa e três) dias-multa, na fração mínima de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo para cada dia-multa." (HC 473.289/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 11/03/2019, sem grifos no original.)

"[...]"

2. O art. 42 da Lei de Drogas autoriza a fixação da pena-base acima do mínimo legal com fundamento no volume de estupefaciente apreendido, contudo, a pequena quantidade de droga não constitui fundamento idôneo a justificar o incremento da sanção inicial. Precedente.

3. Destaca-se que a redução operada da sanção inicial não constitui revolvimento de matéria fático-probatória, mas apenas reavaliação jurídica dos fatos delineados no acórdão.

4. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 442.276/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 04/09/2018, sem grifos no original.)

"[...]"

1. Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o art. 42 da Lei de Drogas permite o aumento da pena-base com fundamento na quantidade e natureza do entorpecente apreendido, de forma que esses dois quesitos devem ser interpretados em conjunto. Assim, a apreensão de pequena quantidade de cocaína, não obstante seja considerada uma das mais nocivas, não justifica, por si só, o aumento da reprimenda na primeira fase da dosimetria.

"[...]"

3. Agravo regimental parcialmente provido para reduzir a reprimenda dos recorrentes a 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, mais 680 dias-multa." (AgInt no HC 403.668/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 14/11/2017; sem grifos no original.)

Do mesmo modo, o fato de o Réu não possuir emprego formal, a natureza e a quantidade de drogas apreendidas não são suficientes para justificar o afastamento da aplicação da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006 como fez a Corte estadual.

No caso, o acórdão combatido carece de fundamentação idônea para afastar a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, tendo em vista que a quantidade de drogas apreendidas, **apesar de não ser ínfima, também não pode ser considerada exacerbada**. Referida motivação, portanto, não se presta a negar a aplicação da minorante, sendo legítima tão somente para influenciar no *quantum* de diminuição a ser aplicado na hipótese.

Com efeito, o legislador prefixou patamares **variáveis** (1/6 a 2/3) a serem observados pelo órgão julgador ao diminuir a reprimenda, de modo que a **quantidade e a natureza** das drogas apreendidas podem, em respeito ao princípio da individualização da pena, serem sopesados no momento da aplicação do referido *quantum*, **sendo adequado, ao caso dos autos, a aplicação da fração de 1/2 (metade)**.

A título ilustrativo:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06). APLICAÇÃO NA FRAÇÃO DE 1/2. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. [...].

[...]

2. A aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa. Nesse contexto, na escolha do quantum de redução da pena em razão da incidência do redutor, deve-se levar em consideração a quantidade e a natureza da substância apreendida, por expressa previsão legal (art. 42 da Lei n. 11.343/06).

In casu, o Tribunal a quo fixou o patamar da redução em 1/2 com base em elementos concretos extraídos dos autos, evidenciados pela quantidade e natureza lesiva das drogas apreendidas - 56 porções de maconha pesando 112,3g e 38 porções de cocaína pesando 16,6g -, tudo a indicar uma maior reprovabilidade da conduta do paciente.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido." (HC 488.758/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/04/2019, DJe 11/04/2019; sem grifos no original.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA CONCEDIDA NA FRAÇÃO DE 1/2. PROPORCIONALIDADE DIANTE DA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (136,810G DE MACONHA E, APROXIMADAMENTE, 19,590G DE CRACK). AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em habeas corpus apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório. Ademais, de acordo com o aludido art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. Precedentes.

2. No caso em apreço, foi concedida a minorante na fração de 1/2 com a readequação da pena para 2 anos e 11 meses de reclusão e pagamento de 291 dias-multa, em relação ao delito de tráfico, totalizando 3 anos e 5 meses de reclusão, além do pagamento de 301 dias-multa, em razão do concurso formal com o crime previsto no art. 163, III, do Código Penal.

3. Diante do novo quantum da sanção definitiva, fixada a pena-base no mínimo legal, por serem favoráveis ao agravado as circunstâncias judiciais, e concedido o redutor, ainda que em fração inferior ao máximo, foi abrandado o regime prisional para o aberto e substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

4. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 529.610/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2020, DJe 27/02/2020; sem grifos no original.)

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. [...]. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DO RÉU EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DAS DROGAS. APLICABILIDADE

DO ÍNDICE EM MENOR EXTENSÃO. [...]. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. Hipótese em que, afastada a agravante de reincidência e à míngua de elementos probatórios que denotem a habitualidade do paciente na prática delitiva ou ser ele integrante de organização criminosa, **impõe-se a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/2, em razão da quantidade, da natureza e da variedade das drogas (67,23g de cocaína e 40,08g de maconha).**

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar a agravante de reincidência e fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/2, redimensionando a pena do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão mais 250 dias-multa, bem como para estabelecer o regime semiaberto." (HC 528.804/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2019, DJe 12/11/2019; sem grifos no original.)

Passo, assim, a readequar a pena do Paciente.

Na primeira fase da dosimetria, fixo a pena-base no mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda fase, ausentes agravantes, a atenuante da menoridade não pode conduzir a pena abaixo do mínimo legal, nos termos da Súmula n.º 213/STJ.

Na terceira etapa, aplico a causa de diminuição do § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas na fração de 1/2 (metade), razão pela qual a pena privativa de liberdade do Paciente fica quantificada definitivamente em **2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão** e a pecuniária em **250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor mínimo legal.**

No que diz respeito ao regime de cumprimento de pena, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal, e as Súmulas n.º 440/STJ e 718 e 719/STF.

Dessa forma, o regime prisional que deve ser fixado inicialmente é o aberto, pois "*fixada a pena em seu mínimo legal, inferior a 4 (quatro) anos, não sendo caso de reincidência, e não havendo circunstância judicial desfavorável, tal como reconheceu o acórdão impugnado, não há falar em adoção do regime inicial semiaberto, se o próprio paradigma legal permite a adoção do regime inicial aberto (art. 33, § 2º, c e § 3º c/c art. 59, CP)" (STF, HC 83.613/SP, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, DJ de 30/04/2004).*

Outrossim, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, a Corte Suprema reconheceu, incidentalmente, a parcial inconstitucionalidade do § 4.º do art. 33 e do art. 44, *caput*, ambos da Lei n.º 11.343/2006, o que tornou possível a concessão da substituição das penas aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos objetivo e subjetivo exigidos pelo art. 44 do Código Penal.

Desse modo, diante da primariedade do Réu e da ausência de circunstâncias judiciais negativas, tanto que a sua pena-base foi fixada no patamar mínimo legal, é possível a fixação do regime inicial aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

A propósito, confira-se:

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME MAIS BRANDO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Uma vez que o réu foi condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, teve a pena-base fixada no mínimo legal, era tecnicamente primário ao tempo do delito e possuidor de bons antecedentes, foi apreendido com quantidade de drogas não tão elevada e foi agraciado com a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, mostra-se devida a imposição do regime inicial aberto e a

substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

2. *Agravo regimental não provido.*" (AgRg no HC 479.019/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/08/2019, DJe 29/08/2019, sem grifos no original).

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE A ORDEM de *habeas corpus* para reformar o acórdão impugnado e reduzir as sanções do Paciente para **2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão**, mais **250 (duzentos e cinquenta) dias-multa**, modificar o regime inicial de cumprimento de pena para o aberto e deferir a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, nos termos a serem fixados pelo Juízo das Execuções Penais.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 20 de março de 2020.

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora