

HABEAS CORPUS Nº 569.961 - RJ (2020/0077833-7)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
LAURA JULIA ANDRADE FONTENELLE - RJ078959
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : JEFERSON CARNEIRO DA ROCHA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de JEFERSON CARNEIRO DA ROCHA apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação criminal n. 0224932-36.2018.8.19.000, Desembargador Francisco José de Asevedo).

Os autos dão conta de que o paciente foi condenado, nas sanções do art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico privilegiado), às penas de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 177 dias-multa, no valor mínimo legal, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos de prestação de serviços à comunidade e de prestação pecuniária.

Consta da denúncia que o paciente foi surpreendido com **58g (cinquenta e oito gramas) de cocaína e 145g (cento e quarenta e cinco gramas) de maconha** (e-STJ fls. 24/25).

Irresignadas, a defesa e a acusação ingressaram com recurso de apelação, provido apenas o segundo para majorar a pena do ora paciente. O acórdão recebeu a seguinte ementa (e-STJ fls. 13/15):

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, E § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06).

ACUSADO QUE, DE FORMA LIVRE, CONSCIENTE E VOLUNTÁRIA, TRAZIA CONSIGO, PARA FINS DE TRÁFICO, O TOTAL DE 58 GRAMAS DE COCAÍNA, ACONDICIONADOS EM 138 PEQUENAS CÁPSULAS CILÍNDRICAS, EXIBINDO OS INSCRITOS: "5" E "20", ALÉM DE 145 GRAMAS DE MACONHA, ACONDICIONADOS EM 44 PEQUENOS EMBRULHOS EMBALADOS POR MEIO DE PLÁSTICO FILME, SENDO QUE 56 GRAMAS EM 24 EMBALAGENS, EXIBINDO AS INSCRIÇÕES: "5 VIA LIGHT C.V" E 89 GRAMAS EM 20 EMBALAGENS

CONTENDO AS INSCRIÇÕES: "MACONHA 10 VIA LIGHT C.V".

PRETENSÃO DEFENSIVA À ABSOLVIÇÃO, POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS, QUE SE NEGA, ESPECIALMENTE PELA PRISÃO DO ACUSADO NA POSSE DE GRANDE QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS, EM LOCAL DE DOMÍNIO DA FACÇÃO CRIMINOSA "COMANDO VERMELHO", ALÉM DOS RELATOS DOS POLICIAIS, COERENTES E CONVERGENTES QUANTO À AUTORIA E AO CRIME. VERSÃO DO RÉU NO SENTIDO DE QUE OS POLICIAIS TERIAM "PLANTADO" DROGA QUE NÃO FOI COMPROVADA E RESTOU ISOLADA NOS AUTOS.

OBJETIVO MINISTERIAL AO AFASTAMENTO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06 QUE SE ACOLHE. PARA QUE SEJA APLICADO REFERIDO REDUTOR EXIGE-SE QUE O AGENTE NÃO SE DEDIQUE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO QUE SE DIRIGE AO CHAMADO TRAFICANTE EVENTUAL, O QUE NÃO SE LOGROU COMPROVAR, FACE A QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS E O RELATO DOS POLICIAIS, QUE CONFIRMARAM SER O LOCAL DA PRISÃO EM FLAGRANTE CONHECIDO COMO PONTO DE VENDA DE DROGAS, DOMINADO PELA FACÇÃO CRIMINOSA "COMANDO VERMELHO".

FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO QUE SE CONCEDE, POR SER O ÚNICO ADEQUADO AOS OBJETIVOS REPRESSIVO/PREVENTIVO DA PENA. TRÁFICO DE DROGAS. DELITO EQUIPARADO AOS HEDIONDOS.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS QUE SE AFASTA, DIANTE DA QUANTIDADE DE PENA IMPOSTA E PORQUE INSUFICIENTE À REPROVAÇÃO DA CONDUTA (ART. 44, I E III, DO CÓDIGO PENAL).

AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À NORMA CONSTITUCIONAL OU INFRACONSTITUCIONAL.

DESPROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO E PROVIMENTO DO APELO MINISTERIAL PARA AFASTAR O TRÁFICO PRIVILEGIADO, CASSAR A SUBSTITUIÇÃO DE PENA E IMPOR O REGIME FECHADO.

No presente *writ*, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro afirma ser de rigor a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em seu *quantum* máximo, pois não há prova de que o réu integre organização criminosa ou que se dedique com habitualidade a atividades delitivas, bem como pelo fato de ser primário.

Aduz que, uma vez favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, não há razão a justificar o estabelecimento do regime mais gravoso.

Superior Tribunal de Justiça

Aponta, ainda, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

É o relatório.

Decido.

Preliminarmente cumpre ressaltar que, 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.

No caso em tela, assim foi fundamentada a dosimetria da pena na sentença condenatória (e-STJ fls. 36/37):

Atento aos elementos expostos, fixo a pena-base em 05 anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, à razão unitária mínima.

2ª Fase: Não há circunstâncias agravantes a serem consideradas.

Sendo assim, deve ser mantida a pena fixada na primeira fase.

3ª Fase: Não há causas de aumento de pena sem alteração da aplicada na primeira fase.

Todavia, conforme já devidamente esmiuçado na fundamentação da sentença, não há provas de que o acusado dedique-se a atividades criminosas ou integre organização criminosa, sendo, ainda, primário e de bons antecedentes, o que impõe a aplicação da causa de diminuição de pena descrita no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Assim, diante das circunstâncias da prisão e não sendo elevada a quantidade de droga apreendida, aplico a referida causa de diminuição em sua fração máxima, que é de 2/3.

Dessa maneira, torno definitiva a pena em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 177 (cento e setenta e sete) dias-multa, à razão unitária mínima.

REGIME DE PENA – No que tange ao regime de cumprimento de pena, cabe destacar que o Supremo Tribunal Federal tem admitido, em observância ao artigo 33, § 2º, "c", do Código Penal a possibilidade de se estabelecer o regime aberto para crimes de tráfico, conforme recente julgado [...].

Assim, observando o que dispõe o artigo 33, § 2º "c", do Código Penal, não sendo reincidente o acusado e não havendo, ainda, razões que justifiquem a imposição de regime mais gravoso, determino o regime aberto para início de cumprimento de pena, sendo este o que melhor atende ao caráter preventivo e ressocializador.

SUBSTITUIÇÃO: A possibilidade do regime inicial aberto para

Superior Tribunal de Justiça

cumprimento da pena no caso de crime de tráfico de entorpecentes está em total sintonia com a possibilidade de haver substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Já o Tribunal de Justiça se manifestou no seguinte sentido (e-STJ fls. 21/22):

Provido o apelo ministerial, passa-se ao redimensionamento da pena:

Mantida a pena-base fixada na sentença no mínimo legal, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor mínimo legal.

Deixa-se de aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, pelos motivos acima explicitados, da mesma forma que se cassa a substituição promovida na sentença.

Assim, fixa-se a pena final em 05 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor mínimo legal, ausentes outras causas de diminuição e de aumento de pena.

Delineada a situação fática, passo à análise das teses aviadas.

Aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006

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, **cumulativamente**, primário e portador de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Da transcrição da operação dosimétrica feita pelas instâncias ordinárias, verifica-se que o réu faz jus ao redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que é primário, não tem antecedentes desabonadores e não há nos autos informações concretas dando conta de que ele se dedica a atividades criminosas ou integra organizações dessa natureza.

E tendo em vista não ser expressiva a quantidade das drogas apreendidas em seu poder – **58g (cinquenta e oito gramas) de cocaína e 145g (cento e quarenta e cinco gramas) de maconha** –, a sanção deve ser reduzida em seu grau máximo (2/3).

Não obstante ser válido o argumento adotado pelas instâncias de

origem acerca da natureza e da quantidade das drogas apreendidas, penso que tal argumento, por si só, não justifica o afastamento da benesse.

Passo, assim, à readequação da pena nos parâmetros de origem.

Na primeira fase, permanece a pena-base em 5 anos de reclusão, mais 500 dias-multa.

Na segunda etapa, nada a valorar.

Na fase derradeira, reconhecida a causa de diminuição do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que se trata de réu primário e de bons antecedentes, não havendo provas nos autos de que se dedique a atividade criminosa nem de que integre organização criminosa, reduzo a pena em 2/3 (dois terços), que resulta em uma pena definitiva de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa.

Sob tal perspectiva, diante dos parâmetros acima aludidos, dada a quantidade de pena aplicada, fixada a pena-base no mínimo legal e concedida a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, impõe-se a fixação do regime aberto para início de cumprimento da reprimenda, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, conforme já definido pelo magistrado de piso na sentença condenatória (substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em uma prestação de serviços à comunidade e uma prestação pecuniária – e-STJ fls. 39/40).

Tal o contexto, **concedo liminarmente a ordem de habeas corpus** a fim de aplicar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 2/3 e readequar a reprimenda imposta ao paciente para **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa**. Fixo o regime inicial aberto de cumprimento da reprimenda e determino a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos estipulados pelo magistrado de piso na sentença condenatória (e-STJ fls. 39/40).

Publique-se. Intimem-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 02 de abril de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator