

HABEAS CORPUS Nº 490.814 - RS (2019/0024524-0)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : MICHELINE PANNEBECKER
ADVOGADO : MICHELINE PANNEBECKER - RS044220
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : PATRICIA DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. ELEIÇÃO DO PATAMAR COM FUNDAMENTO NA QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DE DROGA APREENDIDA. MOTIVAÇÃO TAMBÉM EMPREGADA PARA AUMENTAR A PENA-BASE NA PRIMEIRA FASE DO CÁLCULO DA PENA. *BIS IN IDEM* CONFIGURADO. DOSIMETRIA DA PENA. 65G DE COCAÍNA E 14,5G DE CRACK. QUANTIDADE NÃO VULTOSA DE ENTORPECENTES. SITUAÇÃO EM QUE NÃO HÁ PERICULOSIDADE EXACERBADA. POTENCIAL LESIVO DAS DROGAS QUE, TODAVIA, JUSTIFICA A APLICAÇÃO DO REDUTOR DO TRÁFICO PRIVILEGIADO À RAZÃO DE 1/2. ESTABELECIMENTO DO REGIME INICIAL ABERTO. ART. 33, § 2.º, ALÍNEA C, E § 3.º, C.C. O ART. 59, TODOS DO CÓDIGO PENAL. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS QUE SE IMPÕE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012 DO SENADO FEDERAL, NA QUAL FOI SUSPENSA A EXECUÇÃO DA PARTE FINAL DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de PATRICIA DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Colhe-se nos autos que, em primeiro grau, a Paciente foi condenada pelo crime de tráfico e associação para o tráfico de drogas "*à pena de 08 (oito) anos de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 1200 (mil e duzentos) dias-multa, à*

razão de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos" (fl. 473).

No julgamento da Apelação Criminal n.º 0305261-67.2017.8.21.7000, a Sentenciada foi absolvida do crime de associação, além da pena para o crime de tráfico ter sido redimensionada para 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime semiaberto. O acórdão foi assim ementado (fls. 477-478; sem grifos no original):

"APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. CONDENAÇÃO. APELOS MINISTERIAL E DEFENSIVOS. PRELIMINAR MINISTERIAL. CORREÇÃO DE EQUÍVOCO MATERIAL.

Corrigido equívoco material da sentença, para declarar que a pena prisional imposta a Fabiano em primeiro grau atingiu 09 anos e 06 meses de reclusão, e não 06 anos e 06 meses, como consta do dispositivo sentencial.

PRELIMINAR DEFENSIVA. OMISSÃO NA ANÁLISE DE TESES. EXPUNÇÃO.

O magistrado de primeiro grau enfrentou sim as teses defensivas. Ora, se a defesa não está satisfeita com o posicionamento externado pela autoridade judicial, cabe a ela ingressar com os recursos cabíveis às instâncias superiores, mas não se pode dizer que houve ?omissão no enfrentamento adequado? de qualquer tese. Além disso, é cediço que o magistrado não é obrigado a pormenorizar a apreciação de cada alegação das partes, especialmente quando as teses defensivas são rechaçadas pela lógica de raciocínio apresentada no corpo da decisão.

MÉRITO. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO PELO TRÁFICO DE ENTORPECENTES E DECLARAÇÃO DA ABSOLVIÇÃO PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO.

*Não há que se falar em ilicitude da prova por ofensa ao princípio da inviolabilidade do domicílio, porquanto os agentes da segurança detinham fundadas suspeitas de que no local ocorria a venda de entorpecentes, pela denúncia anônima inicialmente recebida, corroborada por seus próprios olhos, dado que perceberam in loco entorpecentes sendo vendidos e entregues a usuários por duas vezes. Por essas razões, somadas à apreensão de consideráveis quantidades de drogas na moradia dos acusados (**65g de cocaína e 14,5g de crack**), forçosa é a manutenção de suas condenações pelo ilícito de tráfico de drogas. Por outro lado, no que pertine ao delito de associação para o narcotráfico, não há a mínima comprovação acerca da estabilidade e da permanência exigidas para a tipificação da referida infração penal. De fato, tem-se configurado um concurso eventual, mas inexistente qualquer elemento probatório que indique a estabilidade e a permanência do concurso, ainda que provável. Ora, a apreensão decorreu de denúncia*

anônima, que motivou os agentes da lei a irem até a localidade, oportunidade em que visualizaram duas vendas de drogas. E só! Inexiste, por exemplo, qualquer investigação prévia, com a realização de campanhas por períodos mais longos.

APENAMENTO. AUMENTO DAS BASILARES RELATIVAS AO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS E APLICAÇÃO DA REDUTORA PARA A RÉ. POR CONSEQUENTE, REDIMENSIONAMENTO DAS REPRIMENDAS PECUNIÁRIAS.

Preliminar ministerial acolhida, para corrigir equívoco material da sentença.

Preliminar defensiva afastada.

Apelo ministerial provido."

Daí o presente writ, em que se requer, em suma, *"a fixação da pena-base no mínimo legal (5 anos de reclusão), bem como a aplicação da redução prevista no §3º do artigo 44 da Lei nº 11.343/06 nos seu patamar máximo, qual seja, de 2/3, e, por consequência, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos"* (fl. 567).

As informações foram prestadas à fl. 514, acompanhadas de documentos.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 548-552, pela denegação.

É o relatório.

Decido.

A ordem deve ser parcialmente concedida.

No julgamento do recurso de apelação, a primeira fase da dosimetria da pena foi assim calculada (fl. 485):

"Quanto ao apenamento, redimensiono as basilares arbitradas aos condenados para sete anos de reclusão para Fabiano e seis anos de reclusão para Patrícia, tendo em vista a quantidade [...], diversidade e a natureza das drogas angariadas."

Como se vê, **a jurisdição ordinária, para fixar a pena-base da Paciente acima do mínimo legal, considerou a quantidade, a diversidade e a natureza de droga apreendida.** Ocorre que a Corte de origem referiu-se à droga apreendida (*in casu*, **65g de cocaína e 14,5g de crack**) para deixar **de aplicar a minorante do tráfico privilegiado à razão máxima.** Confira-se (fl. 488):

"Para Patrícia, no entanto, é possível a aplicação da redutora, o que faço no patamar de 1/4, em função da **quantidade** de droga arrecadada, daí por que sua reprimenda prisional resta definitivamente redimensionada para quatro anos e seis meses de reclusão."

Portanto, incorreu-se em vedado *bis in idem*, pois, **em essência**, o fundamento empregado na duas fases da fixação da reprimenda (primeira e terceira) baseia-se na mesma conjuntura. Com igual conclusão, cito os seguintes julgados desta Corte:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE DE DROGA UTILIZADA NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE PARA MODULAR O REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. BIS IN IDEM RECONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO POR ESTA CORTE. TRIBUNAL DE ORIGEM ACRESCEU FUNDAMENTO PARA MANTER A APLICAÇÃO DA MINORANTE EM 1/6. ILEGALIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. 'Se o decisum assevera que o magistrado deve definir em qual momento da dosimetria da pena a circunstância relativa à quantidade e natureza da droga deve ser utilizada para que não haja *bis in idem*, redefinindo-se, por conseguinte, o montante condenatório, não pode o juízo sentenciante simplesmente complementar a sentença agregando outra motivação para a não incidência da causa de diminuição, mantendo, destarte, a mesma pena.' (Rcl 23.993/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 12/8/2015, DJe 20/8/2015).

2. No caso, a Quinta Turma desta Corte, no julgamento do HC n. 307.424/SP, ocorrido em 12/5/2016, concedeu a ordem, de ofício, em benefício do ora recorrente, para 'determinar que o Tribunal a quo proceda à nova dosimetria da pena, e, assim, afaste o *bis in idem* ora identificado, e verifique, por conseguinte, o regime prisional adequado, nos termos do art. 33 do CP e a possibilidade de substituição da pena, conforme art. 44 do CP'.

3. Uma vez inobservado o decidido por esta Corte no HC n. 307.424/SP, e sendo vedada a dupla aferição da quantidade de droga novamente na terceira fase da dosimetria, porque já utilizada para majoração da pena-base, não há como acolher o pleito ministerial para manter o redutor fixado em 1/6.

4. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1.801.622/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2019, DJe 25/06/2019.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PRIMEIRA E TERCEIRA ETAPAS DO CÁLCULO DA PENA. BIS IN

IDEM. RECONHECIMENTO. NOVA DOSIMETRIA. NECESSIDADE. PRETENDIDA ALTERAÇÃO DO QUANTUM DE AUMENTO PELA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 40, V, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA.

1. No que se refere ao quantum de aumento da pena em razão da interestadualidade do tráfico de drogas, previsto no inciso V do art. 40 da Lei n. 11.343/2006, há precedentes desta Corte Superior no sentido de que a distância percorrida e/ou o número de fronteiras ultrapassadas pelo agente podem lastrear a escolha da fração de aumento de pena decorrente da interestadualidade do delito (HC n. 283.207/SC, Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 19/8/2014).

2. Caso em que ficou configurado o bis in idem, pois a quantidade de droga apreendida foi utilizada tanto para elevar a pena-base quanto para afastar a aplicação da redutora da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

3. Ordem parcialmente concedida apenas para determinar seja feito o cálculo da reprimenda aplicada ao paciente, considerando a quantidade da droga somente em uma etapa da dosimetria, na primeira ou na terceira." (HC 477.770/SC,, Rel. p/ acórdão Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/06/2019, DJe 13/06/2019.)

Além de se impor a fixação da pena-base no mínimo legal, concluo, ainda, que a fundamentação empregada na aplicação da minorante do tráfico é inidônea, pois, devido ao fato de não ter sido apreendida quantidade expressiva de droga – **65g de cocaína e 14,5g de crack** –, não há a demonstração de periculosidade exacerbada.

O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 determina, na individualização da pena, "*a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga*" (HC 493.263/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 20/05/2019). Diante dessa regra, vale lembrar que o legislador estabeleceu patamares variáveis (1/6 a 2/3) a serem observados para a diminuição da reprimenda na terceira fase. Desse modo, **considerado o potencial lesivo e a quantia dos dois tipos de drogas apreendidas**, justifica-se a redução não no maior patamar, de 2/3, mas à razão de 1/2.

Destaco os seguintes precedentes, *mutatis mutandis*:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. APREENSÃO DE QUANTIDADE NÃO EXACERBADA DE DROGAS. PENA-BASE

FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE. REQUISITOS PREENCHIDOS. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA MINORANTE NA FRAÇÃO DE 1/2 (METADE). RAZOABILIDADE. QUANTIDADE NÃO É ÍNFIMA. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, prevê causa especial de redução de pena ao agente que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e não integre organização criminosa.

2. A natureza e a quantidade de drogas apreendidas, associadas às circunstâncias do caso concreto, servem de fundamento para negar a aplicação da minorante.

3. Na hipótese dos autos, a quantidade das drogas apreendidas não pode ser considerada por demais relevante (36,77g de 'crack' e 28,14g de 'cocaína') a ponto de negar a aplicação da causa especial de redução de pena, mas pode, em respeito ao princípio da individualização da pena, ser sopesada no momento da aplicação do quantum variável (1/6 a 2/3) previsto na norma. Adequada, no caso, a aplicação da fração de 1/2 (metade).

4. Considerando a primariedade do Paciente, a fixação da pena-base no mínimo legal, o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, a não expressiva quantidade de drogas apreendidas e a pena definitivamente fixada - 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão -, cabível o regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda.

5. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 495.814/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 24/05/2019; sem grifos no original)

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. DESPROPORCIONALIDADE. EFEITOS AFASTADOS. 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. [...]. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA EM PARTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. [...].

2. As Turmas da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça têm decidido ser desproporcional o reconhecimento da agravante da reincidência decorrente de condenação anterior pelo delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, uma vez que a inobservância da referida norma não acarreta a aplicação de pena privativa de liberdade e a sua

constitucionalidade está sendo debatida no STF.

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).

4. [...] (HC 528.804/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2019, DJe 12/11/2019; sem grifos no original.)

No mais, diante da ausência de circunstâncias judiciais demeritórias, o regime prisional a ser fixado é o inicial 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 30/04/2004).

Relativamente ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, cumpre consignar que a Suprema Corte, nos autos do HC n.º 97.256/RS, julgou inconstitucional a vedação contida no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006. Essa circunstância culminou na edição da Resolução n.º 05/2012 do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

Assim, considerado ainda o entendimento desta Corte de que, no caso de réu *"primário, com pena-base fixada no mínimo, a apreensão de quantidade não considerável de entorpecentes não constitui elemento apto a justificar a imposição do regime prisional mais severo ou o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos"* (AgRg no HC 429.786/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 06/06/2018), não se justifica impedir a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

Por todos esses fundamentos, concluo que o entendimento dos órgãos de instância inferior – além de ser manifestamente inconstitucional e ilegal –, por ser

expressamente contrário ao posicionamento do STF e do STJ, **ofende diretamente a principal função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça, qual seja, a de unificar a aplicação do direito federal.**

No mais, em razão do cumprimento da pena já ter se iniciado (fl. 569), há providências que devem ser procedidas pelo Juízo das Execuções Criminais. No *site* do Supremo Tribunal Federal na *internet*, noticiou-se o que se segue sobre a apreciação, em 18/03/2020, pelo Plenário, de pedido de tutela provisória incidental na ADPF 347/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, Redator para o acórdão Ministro ALEXANDRE DE MORAES (<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439697>, acessado em 30/03/2020; sem grifos no original):

"Juízes de execução penal devem seguir recomendações do CNJ para evitar disseminação de coronavírus nas prisões

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) analisou, na sessão desta quarta-feira (18), pedido do Instituto de Defesa do Direito de Defesa - Márcio Thomaz Bastos (IDDD) para prevenir a propagação do novo coronavírus no sistema de justiça penal e socioeducativo do país. Por maioria, os ministros entenderam que, neste momento, o Judiciário deve seguir as recomendações sobre a questão emitidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e por portaria conjunta dos Ministérios da Saúde e da Justiça e Segurança Pública.

[...].

Por unanimidade, os ministros acompanharam o entendimento do relator sobre a ilegitimidade de amicus curiae para requerer medida cautelar. Porém, divergiram quanto a recomendação aos juízes de execução penal. O ministro Alexandre de Moraes, que abriu a divergência, destacou que, para evitar a disseminação do novo coronavírus nas prisões, o CNJ recomendou a análise de situações de risco caso a caso. A divergência foi seguida pelos ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, e Dias Toffoli. O ministro Gilmar Mendes acompanhou o relator na concessão de ofício das sugestões.

CNJ

A Recomendação 62/2020 do CNJ, citada no julgamento, traz orientações aos Tribunais e aos magistrados quanto à adoção de medidas preventivas contra a propagação do novo coronavírus (Covid-19) no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Em relação aos que já estão encarcerados, sugere a reavaliação de prisões provisórias, especialmente quanto a grupos mais vulneráveis (como mães, portadores de deficiência e indígenas) ou quando o estabelecimento estiver superlotado ou sem atendimento médico. Recomenda, ainda, reavaliação de prisões preventivas com prazo superior a 90 dias ou que resultem de

Superior Tribunal de Justiça

crimes menos graves, além de indicar que novas ordens de prisão devem respeitar 'máxima excepcionalidade'.

Quanto aos presos que já cumprem pena, a recomendação é para que os magistrados avaliem a concessão de saída antecipada nos casos previstos em lei e na jurisprudência, e também a reconsideração do cronograma de saídas temporárias em aderência a planos de contingência elaborados pelo Executivo. Recomenda a opção pela prisão domiciliar aos presos em regime aberto ou semiaberto ou quando houver sintomas da doença, assim como suspensão da obrigatoriedade de apresentação em juízo pelo prazo de 90 dias nos casos aplicáveis."

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem de *habeas corpus* para reduzir o *quantum* de pena para 2 (dois) ano e 6 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, e determinar ao Juiz das Execuções Penais que fixe as condições para o cumprimento da pena em regime aberto e estabeleça sanções restritivas de direitos em substituição à reprimenda reclusiva, além de, em razão desse novo paradigma, estipular ao referido Magistrado que considere o tempo de pena já cumprido para avaliar se a Paciente a faz jus a outro direito previsto na LEP, **em atenção ao que deliberou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 18/03/2020, ao apreciar pedido de tutela provisória incidental na ADPF 347/DF**, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, Relator para o acórdão Ministro ALEXANDRE DE MORAES.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 03 de abril de 2020.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora