

HABEAS CORPUS Nº 454.483 - RS (2018/0142861-2)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : JOAO CANDIDO ENCARNACAO RIBEIRO
PACIENTE : CARLOS ROBERTO DA ENCARNACAO RIBEIRO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de JOAO CANDIDO ENCARNACAO RIBEIRO e CARLOS ROBERTO DA ENCARNACAO RIBEIRO apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação n. 0331196-12.2017.8.21.7000).

Consta dos autos que os pacientes foram condenados, em primeiro grau, como incurso no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 2 anos, 9 meses e 23 dias de reclusão, a serem cumpridas em regime aberto, e ao pagamento de 500 dias-multa. As penas privativas de liberdade foram substituídas por restritivas de direitos.

A denúncia narra que os pacientes "*guardavam e tinham em depósito, para fins de venda e fornecimento, 1 (uma) porção de Cannabis Sativa (maconha), pesando aproximadamente [20,5g – vinte gramas e cinco decigramas], 2 (dois) comprimidos de cor clara, com características não esclarecidas, 1 (uma) porção de crack pesando [76g – setenta e seis gramas], e 1 (uma) porção de cocaína, pesando cerca de [46g – quarenta e seis gramas]*" – e-STJ fl. 14.

Contra o édito condenatório insurgiram-se as partes. No entanto, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo defensivo para reduzir a fração de aumento da pena-base, bem como proveu parcialmente o recurso ministerial para afastar a minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, ficando as reprimendas redimensionadas para 5 anos e 6 meses de reclusão, a serem cumpridas em regime fechado, mais pagamento de 500 dias-multa (e-STJ fls. 308/326).

Superior Tribunal de Justiça

Apresentados embargos infringentes pela defesa, foram eles desprovidos (e-STJ fls. 346/352).

No presente *writ*, sustenta a Defensoria Pública que os pacientes preenchem todos os requisitos legais para a aplicação do redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, em fração máxima. Assere, ainda, que não há fundamento apto a justificar a imposição do regime prisional mais gravoso. Destacam que os pacientes são primários e as penas-base foram fixadas próximas do mínimo legal (e-STJ fls. 2/10).

Requer, em tema liminar e no mérito, o reconhecimento da incidência da minorante, prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas, no grau máximo, bem como o abrandamento do regime prisional.

Liminar indeferida às e-STJ fls. 364/365.

Informações prestadas.

Parecer ministerial pela denegação da ordem (e-STJ fls. 370/375).

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 fl. 217/220):

Delito previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06
- Sentenciado JOÃO CÂNDIDO ENCARNÇÃO RIBEIRO:
Deixo assentado que, ao exame das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o réu, em vista da informação trazida pela certidão cartorária de fl. 122, não registra antecedentes criminais. Poucos elementos foram coletados a respeito da personalidade e da conduta social, razão pela qual deixo de valorá-las. Os motivos presumem-se ínsitos à espécie delitiva, qual seja, a obtenção de lucro fácil pela via da mercancia de substância entorpecente, não merecendo valoração negativa. As circunstâncias do ilícito são desfavoráveis, pois foram localizadas 20.5 gramas de maconha: 76

gramas de crack e 46 gramas de cocaína, merecendo destaque a natureza das drogas aqui apreendida, face o alto potencial de dependência física e psíquica provocado. As consequências do ilícito não merecem maiores considerações, pois foram as normais. Descabe análise, no presente caso, do comportamento da vítima, dada a natureza do delito. A culpabilidade, entendida como juízo de reprovação a ser efetivado sobre a conduta praticada pela agente no caso. indica censurabilidade normal.

Pelos motivos analisados, considerando que uma (circunstâncias) das operadoras é desfavorável ao réu, fixo a pena-base em 05 (CINCO) ANOS, 07 (SETE) MESES e 15 (QUINZE) DIAS DE RECLUSÃO.

Não há circunstâncias agravantes, nem atenuantes a considerar, motivo pelo qual mantenho a pena provisória em 05 (CINCO) ANOS, 07 (SETE) MESES e 15 (QUINZE) DIAS DE RECLUSÃO.

De regra, o quantum de diminuição pela privilegiadora do tráfico obedece à análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, bem como à quantidade da droga apreendida.

No caso em apreço, tendo os vetoriais sido sopesados como negativo (circunstância), aliada a apreensão de quantidade de entorpecentes não há como reduzir a pena no seu quantum máximo, ou seja, em 2/3, motivo pelo qual adoto o patamar de 1/2.

Assim, pela minorante do artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, reduzo a pena-base em 1/2 (2 ano, 09 meses e 22 dias) ficando a reprimenda, face a ausência de outras causas modificadoras, definitivamente fixada no patamar de 02 (DOIS) ANOS, 09 (NOVE) MESES e 23 (VINTE E TRÊS) DIAS DE RECLUSÃO.

Delito previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06:

- Sentenciado CARLOS ROBERTO DA ENCARNACÃO RIBEIRO:

Ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, observo que a ré, em vista da informação trazida pela certidão cartorária de fl. 123, não possui antecedentes criminais. Poucos elementos foram coletados a respeito da personalidade e da conduta social, razão pela qual deixo de valorá-las. Os motivos presumem-se ínsitos à espécie delitiva, qual seja, a obtenção de lucro fácil pela via da mercancia de substância entorpecente, não merecendo valoração negativa. As circunstâncias do ilícito são desfavoráveis, pois foram localizadas 20.5 aramas de maconha: 76 aramas de crack e 46 gramas de cocaína, merecendo destaque a natureza da droga aqui apreendida, face o alto potencial de dependência física e psíquica provocado. As consequências do ilícito não merecem maiores considerações, pois foram as normais. Descabe análise, no presente caso, do comportamento da vítima, dada a natureza do delito. A culpabilidade, entendida esta como juízo de reprovação a ser efetivado sobre a conduta praticada pela agente no caso. indica censurabilidade normal. Pelos motivos analisados, considerando que uma (circunstâncias) das operadoras é desfavorável a ré, fixo a pena-base em 05 (CINCO) ANOS, 07 (SETE) MESES e 15 (QUINZE) DIAS DE RECLUSÃO. Não há circunstâncias agravantes, nem atenuantes a considerar, motivo pelo

Superior Tribunal de Justiça

qual mantenho a pena provisória em 05 (CINCO) ANOS, 07 (SETE) MESES e 15 (QUINZE) DIAS DE RECLUSÃO.

De regra, o quantum de diminuição pela privilegiadora do tráfico obedece à análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, bem como à quantidade da droga apreendida.

No caso em apreço, tendo os vetoriais sido sopesados como negativo (circunstância), aliada a apreensão de quantidade de entorpecentes não há como reduzir a pena no seu quantum máximo, ou seja, em 2/3, motivo pelo qual adoto o patamar de 1/2.

Assim, pela minorante do artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, reduzo a pena-base em 1/2 (2 ano, 09 meses e 22 dias) ficando a reprimenda, face a ausência de outras causas modificadoras, definitivamente fixada no patamar de 02 (DOIS) ANOS, 09 (NOVE) MESES e 23 (VINTE E TRÊS) DIAS DE RECLUSÃO.

Já o Tribunal de origem ofertou os seguintes fundamentos (e-STJ fls.

319/320):

Mantenho, então, a condenação.

Passo ao exame do apenamento.

A Juíza de Direito fixou as penas-base de ambos os réus em 05 (cinco) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, considerando desfavorável a natureza da droga.

A natureza da droga realmente é desfavorável, tratando-se de aproximadamente 20,5 gramas de maconha, uma porção de crack pesando, aproximadamente, 76 gramas e uma porção de cocaína pesando, aproximadamente, 46 gramas, sabendo-se que o crack e a cocaína são duas das drogas mais prejudiciais à saúde pública, dotadas de alto potencial de vício e degradação.

Entretanto, entendo que uma elevação de 06 (seis) meses da pena-base é suficiente no caso concreto, razão pela qual redimensiono a pena-base para 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a qual é tornada provisória nesse montante, na ausência de agravantes e atenuantes.

Na terceira fase, tem razão o Ministério Público, devendo ser afastada a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, a qual é 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 critério de que a 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 o 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.

Seguindo essa premissa, não vejo como afirmar que os réus ora julgados são traficantes eventuais (embora a primariedade seja incontestável), pois eles não comprovaram qualquer atividade lícita e faziam de sua própria residência um ponto de tráfico, segundo informações prestadas ao serviço de inteligência da Brigada e os relatos dos policiais, o que restou confirmado com a apreensão das drogas.

De fato, para o caso concreto, não vejo desproporcionalidade nas penas cominadas normalmente ao tráfico de drogas, não havendo situação excepcional que justifique a incidência da redutora do § do art. 33 da Lei de Drogas.

Assim, as penas privativas de liberdade de JOÃO CÂNDIDO e CARLOS ROBERTO são definitivadas em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

A multa, excluída a minorante, fica estabelecida em 500 (quinhentos) dias-multa à razão unitária mínima, como fixada na sentença, embora fosse aplicável o montante de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, sendo mantida, pois o Ministério Público não se insurgiu contra o montante da multa.

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

A razão de ser do chamado tráfico privilegiado, de que trata o citado dispositivo, consiste em punir com menor rigor o "traficante de primeira viagem", vale dizer, aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida.

A propósito, confira-se a seguinte lição:

Cuida-se de norma inédita, visando à redução da punição do traficante de primeira viagem, o que merece aplauso. Portanto, aquele que cometer o delito previsto no art. 33, caput ou § 1º, se for primário (indivíduo que não é reincidente), vale dizer, não cometeu outro delito, após ter sido definitivamente condenado anteriormente por crime anterior, no prazo de cinco anos, conforme arts. 63 e 64

do Código Penal) e tiver bons antecedentes (sujeito que não ostenta condenações definitivas anteriores), não se dedicando às atividades criminosas, nem integrando organização criminosa, pode valer-se da pena mais branda. (NUCCI, Guilherme de Souza. Lei penais e processuais penais comentadas. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 358-359).

Na espécie, o colegiado local, ao proceder à dosimetria da pena do delito de tráfico ilícito de drogas, afastou o benefício do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, diante da quantidade dos entorpecentes apreendidos.

Entretanto, penso que o fato de os pacientes terem sido encontrados na posse de 20,5g (vinte gramas e cinco decigramas) de maconha, 76g (setenta seis gramas) de *crack* e 46g (quarenta e seis gramas) de cocaína não tem o condão de afastar o benefício por completo.

Não se olvida, outrossim, da reiterada orientação desta Corte de que a quantidade e a natureza da droga, associadas ao contexto em que se deu a sua apreensão, podem evidenciar a dedicação à atividade criminosa. Contudo, na espécie, entendo que a quantidade de entorpecente apreendida não se mostra suficiente para se concluir pela dedicação dos pacientes à atividade criminosa, à míngua de outros elementos indicadores de tal situação, razão pela qual entendo que os pacientes fazem jus à minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, mas na fração de 1/2, em razão da variedade de drogas apreendidas.

A propósito, confira-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI 11.343/2006. AFASTAMENTO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. ACUSADOS SEM OCUPAÇÃO LÍCITA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. RESTABELECIMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA ESTABELECIDNA SENTENÇA. REGIME PRISIONAL FECHADO E VEDAÇÃO À APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA DEFERIDOS, POIS PRESENTES OS REQUISITOS LEGAIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- 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.

- Não há como manter a fundamentação utilizada pelo Tribunal de origem, que afastou a figura do tráfico privilegiado sob a tese de que os pacientes dedicam-se às atividades criminosas pelo fato de não exercerem atividade lícita, pois estavam desempregados à época dos fatos. Ademais, a quantidade da droga apreendida (13 cápsulas de cocaína, pesando 9,9 gramas), apesar de nociva, não foi tão elevada a ponto de indicar, juntamente com as circunstâncias do delito, a dedicação dos acusados às atividades ilícitas.

- É de ser mantida a fração redutora de 1/2 aplicada pelo sentenciante, pois, no caso, a natureza da droga apreendida - cocaína - constitui critério idôneo para impedir a aplicação do redutor em sua fração máxima, mas a sua diminuta quantidade - 9,9g - revela a necessidade da manutenção da fração intermediária.

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para restabelecer a sentença que fixou a pena em 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, modificar o regime de cumprimento da pena para o aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais. (HC 313.899/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016, grifei).

Passo, assim, à readequação da dosimetria da pena do delito de tráfico ilícito de drogas, mantendo os parâmetros adotados nas instâncias ordinárias.

Na primeira fase, a pena-base é mantida em 5 anos e 6 meses de reclusão.

Nada a valorar na segunda fase.

Na terceira fase, presente a causa de diminuição encartada no art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/2006, visto que se tratam de réus primários, razão pela qual, considerando a variedade das drogas apreendidas, reduzo a pena pela metade, resultando, assim, em uma reprimenda final de **2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa**, esses pelo mínimo unitário legal.

Reduzida a reprimenda definitiva para 2 anos e 6 meses de reclusão,

passo à análise do regime prisional.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, por ofender a garantia constitucional de individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal). Afastou, dessa forma, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e dos demais delitos a eles equiparados.

Em tal contexto, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

Nesse tear, diante dos parâmetros acima, dada a quantidade de pena aplicada, fixa-se o **regime aberto** para o início do cumprimento da pena.

Preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, os pacientes fazem jus à substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, conforme já fixado pelo Magistrado de piso, na sentença condenatória (e-STJ fls. 202/223).

À vista de tais pressupostos, **concedo a ordem de *habeas corpus*** para aplicar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/2 e, assim, reduzir a reprimenda para **2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa**, bem como fixar o regime inicial aberto de cumprimento de pena e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, conforme já estipulado na sentença condenatória (e-STJ fls. 202/223).

Publique-se. Intimem-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 02 de abril de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator