



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 575503 - MS (2020/0093546-2)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
CHRISTIANE MARIA DOS SANTOS PEREIRA JUCA
INTERLANDO - MS005372
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : EDUARDO OLIVEIRA DA SILVA (PRESO)
CORRÉU : RAUL DA SILVA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em face de acórdão assim ementado (fl. 322):

EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS – SENTENÇA CONDENATÓRIA – ALMEJADA DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06 – CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL – RETRATAÇÃO EM JUÍZO – IRRELEVÂNCIA – AMPARO NOS DEPOIMENTOS DOS AGENTES PENITENCIÁRIOS – OUTROS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO – PROVA SUFICIENTE – CONDENAÇÃO MANTIDA – CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO §4º, ART. 33, DA LEI DE DROGAS – RECONHECIMENTO EM FAVOR DE UM DOS RÉUS – QUANTUM FIXADO EM 1/2 – PRETENDIDA REDUÇÃO NO GRAU MÁXIMO DE 2/3 – NATUREZAS DIVERSAS DAS DROGAS - PATAMAR MANTIDO - RECURSO IMPROVIDO.

Tratando-se de conjunto probatório robusto, especialmente em razão da confissão extrajudicial dos acusados e dos firmes depoimentos dos agentes penitenciários, no sentido de que as porções de droga apreendidas em revista de rotina na cela do estabelecimento prisional em poder dos réus, seriam disseminadas no interior do presídio, de rigor a manutenção do édito condenatório pelo delito de tráfico ilícito de drogas, afastando-se o pedido de desclassificação para o tipo previsto no art. 28, da Lei nº 11.343/06.

Afigura-se justa e correta a fixação do quantum de 1/2 pelo reconhecimento da causa de diminuição do §4º, art. 33, da Lei nº 11.343/06, quando se trata de entorpecente de diversas naturezas (maconha e cocaína).

Narram os autos que o paciente foi condenado à pena de 2 anos e 11 meses de reclusão, em regime aberto, posteriormente substituída por duas penas restritivas de

direitos e 291 dias-multa, pela prática do crime do art. 33, caput, c/c § 4º, c/c art. 40, III, ambos da Lei 11.343/2006.

Apresentada apelação da origem, a mesma restou desprovida.

Daí o presente *mandamus*, no qual sustenta a impetrante fazer jus o paciente à aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em seu patamar máximo de 2/3, requerendo, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para a aplicação de tal entendimento.

Indeferida a liminar e prestadas informações, manifestou-se o Ministério Público Federal pela denegação da ordem.

É o relatório.

DECIDO.

Conforme relatado, busca a defesa a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em seu patamar máximo.

Quanto ao ponto, extrai-se da sentença a seguinte fundamentação (fls. 238/239):

3ª Fase – Causas de Aumento/Diminuição de Pena

Já na terceira fase de fixação das penas, incide em desfavor do acusado a causa de aumento descrita no art. 40, III, da Lei de Drogas, a qual aplico de acordo com o mínimo legal, na fração de 1/6 (um sexto), resultando as penas em 05(cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Não obstante, tenho que em relação ao acusado incide a causa de diminuição de pena a que alude o §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, posto que devidamente preenchidos os requisitos legais. O citado dispositivo legal dispõe o seguinte: "§4º. Nos delitos definidos no caput e no §1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa". Logo, para obtenção de tal favor legis o agente deverá preencher, de forma cumulativa, os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa. Na presença de tais requisitos legais, a redução da pena constitui direito subjetivo do réu, remanescendo discricionariedade do juiz unicamente em relação ao quantum da diminuição, que deve ser motivada.

Em tal contexto, levando-se em conta a natureza de droga apreendida, reduzo as penas pela metade.

O acórdão, por sua vez, traz a seguinte fundamentação (fl. 327):

O apelante Eduardo de Oliveira da Silva também pretendeu o aumento do quantum de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06. Uma vez mais, sua pretensão não merece guarida.

A causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, foi reconhecida na r. sentença, tendo sido aplicada na fração de 1/2 pela magistrado, que assim justificou (p. 219):

"(...) Na presença de tais requisitos legais, a redução da pena constitui direito subjetivo do réu, remanescendo discricionariedade do juiz unicamente em relação ao quantum da diminuição, que deve ser motivada. Em tal contexto, levando-se em conta a natureza de droga apreendida, reduzo as penas pela metade. (...)".

Concordo com a juíza, revelando-se justa e correta a fixação do *quantum* de 1/2 pela redutora, ante a diversidade de drogas apreendidas em poder de Eduardo (maconha e cocaína)

Na espécie, a Corte *a quo* fixou a redutora em patamar acima do mínimo em virtude da natureza da droga apreendida, tratando-se de *67 trouxinhas maconha, pesando aproximadamente 84,03 gramas e 11 papélotes de cocaína, pesando aproximadamente 6 gramas* (fl. 234).

Com efeito, é pacífico o entendimento nesta Corte Superior de que a quantidade e/ou a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciarem a dedicação à atividade criminosa.

Na hipótese, a despeito da natureza danosa dos estupefacientes apreendidos, o volume não é considerável a ponto de impedir a aplicação do redutor no patamar máximo.

Assim, não tendo sido apontado nenhum outro elemento a indicar dedicação ao tráfico, constata-se a ocorrência de flagrante ilegalidade.

Cumpra destacar que a aplicação do mencionado benefício não fica condicionada ao disposto no art. 42 da Lei de Drogas. Trata-se de direito subjetivo do réu, de sorte que, atendidos os requisitos legais, mister a aplicação da referida causa redutora de pena, devendo os parâmetros previstos no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 serem utilizados não como óbice à sua concessão, mas como vetoriais norteadoras da fixação do *quantum* de redução a ser aplicado no caso, daí o constrangimento ilegal. Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRIMARIEDADE. BONS ANTECEDENTES. NÃO DEDICAÇÃO À CRIMINALIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. PATAMAR MÁXIMO DE 2/3. FIXADO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. No caso em concreto, levando em conta a primariedade do recorrente, seus bons antecedentes, a ausência de elementos concretos que indiquem a dedicação à criminalidade ou íntegra organização criminosa, entende-se que estas circunstâncias, e mais: 8,1g de crack e o fato de não demonstrar atividade lícita, não se prestam a afastar por completo a benesse, devendo o acórdão ser reformado.

2. Assim, considerando não ser expressiva a quantidade da droga e não havendo outras circunstâncias que denotem que o recorrente se dedique à atividade criminosa nem íntegra organização criminosa, associadas ao fato de ser primário e possuir bons antecedentes, entendo que faz jus à incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, no patamar de 2/3, ao caso em tela.

3. O recorrente foi condenado pelo tráfico na forma privilegiada, sendo que a definição do modo inicial de cumprimento da pena deve estar atrelada à valoração das circunstâncias do art. 59 do CP, que, no caso, foram consideradas favoráveis. Sendo, assim, entendo que, uma vez preenchidos os requisitos legais, sobretudo quando não expressiva a quantidade de entorpecente apreendida, faz jus o recorrente a fixação do regime aberto e a substituição da pena, por serem adequados à prevenção e à reparação do delito em tela.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1106967/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2017, DJe 22/09/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INDEFERIMENTO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS - CRACK, COCAÍNA E MACONHA.

PACIENTE QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODO O ANDAMENTO DA AÇÃO PENAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº.11.343/06. PATAMAR DE REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. FRAÇÃO MÁXIMA DE REDUÇÃO APLICADA. PEQUENA QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PRIMARIEDADE E MONTANTE DA PENA QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CABIMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 44 DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...] 4. Dada a ausência de fundamentação, deve ser aplicada, na terceira etapa da dosimetria, a fração máxima redutora de 2/3, ante a minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista a pequena quantidade dos entorpecentes apreendidos. Precedentes.

[...] 9. Ordem não conhecida, mas concedida ex officio, para reduzir as penas do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime inicial aberto, e 166 dias-multa, substituindo a pena corporal por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais. (HC 400.137/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 01/08/2017)

Faz-se de rigor, portanto, a fixação da fração da minorante especial do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, no patamar de 2/3.

Dessa forma, fixo a pena-base no mínimo legal, qual seja, 5 anos de reclusão, mais 500 dias-multa, a qual fica inalterada na segunda fase, ante a ausência de atenuantes ou agravantes.

Na terceira fase, incide a causa de aumento descrita no art. 40, III, da Lei de Drogas, na fração de 1/6, conforme fixado na origem, resultando as penas em 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

Por fim, reduz-se em 2/3 pela causa de diminuição especial do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, restando a reprimenda final em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, mais 195 dias-multa.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para reduzir a reprimenda final a 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, mais 195 dias-multa, mantendo, no mais, os termos da condenação.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 03 de agosto de 2020.

MINISTRO NEFI CORDEIRO

Relator