

Superior Tribunal de Justiça

10SI

O pedido liminar foi indeferido pelo Ministro João Otávio de Noronha – Presidente do STJ –, às e-STJ fls. 85/86, e as informações foram prestadas às e-STJ fls. 90/95.

O Ministério Público Federal, em parecer exarado às e-STJ fls. 110/113, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório. **Decido.**

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

Conforme relatado, busca o impetrante, em suma, o redimensionamento da sanção do paciente, ante o reconhecimento do tráfico privilegiado e, por conseguinte, o abrandamento do regime prisional e a substituição da reprimenda.

I. Não incidência da causa de redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006

Preliminarmente, cabe observar que, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e **não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organização criminosa.**

Com efeito, ao julgar o apelo defensivo e redimensionar a pena do paciente, o relator do voto condutor do acórdão refutou a incidência da redutora, consignando para tanto que (e-STJ fls. 77/79, grifei):

[...]

Consta da denúncia que, em 02 de fevereiro de 2017, o réu transportava, para fins de tráfico, um tablete de maconha, pesando 836,66g.

Superior Tribunal de Justiça

10SI

O réu negou a propriedade da droga descrita na denúncia. Na esfera extrajudicial, admitiu que fugiu da polícia, porquanto estava com a CNH apreendida junto ao Ciretran. Por fim, narrou que não viu a droga ser encontrada.

Em juízo, contrariamente ao alegado na Delegacia, aduziu que não fugiu da polícia. Aludiu que somente parou o veículo porquanto os policiais atiraram em direção ao pneu, oportunidade em que perdeu o controle da direção.

Os policiais militares, por sua vez, narraram que, em patrulhamento de rotina, avistaram o réu conduzindo um veículo com placas de outra cidade, em alta velocidade. Dada ordem de parada, que não foi obedecida, iniciou-se, então, uma perseguição. No momento em que o acusado colidiu o veículo, foi ele detido em flagrante. Em seu poder, foi apreendido um celular e, embaixo do banco do condutor do carro, foi encontrada toda a droga descrita na denúncia. Por fim, aludiram que o acusado confirmou a propriedade do entorpecente.

[...]

A pena-base, considerando a quantidade de droga apreendida, é acrescida de 1/6, perfazendo cinco anos e dez meses de reclusão, mais quinhentos e oitenta e três dias-multa.

Ausentes agravantes e atenuantes.

Indefiro a incidência do redutor. Esta determinação não tem como causa a quantidade de droga. Creio ser impossível fazer incidir o redutor, pois fica evidente que pessoas que agem como o acusado estão envolvidas de maneira segura com o tráfico. Impossível deixar de lembrar a afirmação efetuada pelo Exmo. Sr. Desembargador Francisco Orlando no sentido de que um neófito ou pessoa comum não consegue acesso a entorpecente de tal proporção sem que participe de maneira profunda no tráfico de drogas. O redutor não é dirigido a estas pessoas.

A pena, portanto, fica totalizada em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Pela leitura do recorte acima, verifico que o fundamento utilizado pelas instâncias de origem para afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado foi a presunção de que *pessoas que agem como o acusado estão envolvidas de maneira segura com o tráfico porque um neófito ou pessoa comum não consegue acesso a entorpecente de tal proporção sem que participe de maneira profunda no tráfico de drogas* (e-STJ fl. 79), sem, contudo, haver a demonstração, por meio de elementos

Superior Tribunal de Justiça

10SI

concretos, de que o paciente se dedicava a atividades criminosas, ou mesmo, que integrasse organização criminosa.

Dessa forma, tendo em vista a primariedade, os bons antecedentes e a ausência de demonstração de que o paciente se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa, reconheço o constrangimento ilegal em virtude da não incidência da minorante, razão pela qual a dosimetria da sua pena deve ser refeita.

Na primeira fase, mantenho a pena-base em 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, mantida inalterada na segunda etapa, ausentes agravantes ou atenuantes. Na terceira fase, aplico o redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 2/3, razão pela qual torno a pena do paciente definitivamente estabilizada em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, além de 194 dias-multa.

II. Regime de cumprimento de pena e substituição

Preliminarmente, cumpre ressaltar que, na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenação por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Na espécie, tendo em vista o montante da nova pena imposta, a primariedade do paciente e, por outro lado, a existência de circunstância judicial desfavorável, qual seja, a quantidade do entorpecente apreendido – *um tablete de maconha pesando 836,66 gramas* –, deve ser-lhe conferido o regime inicial semiaberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do Código Penal, e no art. 42, da Lei n. 11.343/2006.

Superior Tribunal de Justiça

10SI

A quantidade de entorpecentes também inviabiliza

a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ante o não preenchimento do requisito subjetivo disposto no art. 44, III, do Código Penal.

Ante o exposto, com fulcro no art. 34, XX, do RISTJ, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem ex officio** para fixar a pena do paciente em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, além de 194 dias-multa, no regime inicial semiaberto, mantidos os demais termos da condenação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 28 de fevereiro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator