

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.281.250 - SP (2018/0089112-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : PEDRO MOLENA DE AZEVEDO
ADVOGADO : RAFAEL ESTEPHAN MALUF - SP315995
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial apresentado por PEDRO MOLENA DE AZEVEDO contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que inadmitiu o apelo nobre apresentado.

Consta dos autos que o agravante foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto e pagamento de 166 dias-multa como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Inconformadas, defesa e acusação apelaram, tendo o recurso ministerial sido provido para afastar a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas e redimensionar a pena imposta para 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, em regime inicial fechado.

Foram opostos embargos declaratórios, que foram rejeitados.

Apresentado o Recurso Especial com esteio no permissivo constitucional, o mesmo foi inadmitido, o que deu ensejo à interposição do respectivo agravo.

Sustenta o agravante que faria jus à causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, bem como ao regime de pena mais brando e à substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos.

Requer o conhecimento do agravo para que o Recurso Especial apresentado seja provido.

Instado a opinar, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo conhecimento, mas pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, o agravo deve ser conhecido.

No que se refere ao pleito defensivo para a diminuição da sanção imposta, é assente que, para a incidência da causa especial de diminuição mencionada, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

In casu, o Colegiado Estadual afastou a benesse inicialmente concedida pelo Togado singular, nos seguintes termos:

"Por entender presentes os requisitos legais, o MM. Juízo beneficiou os réus com a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei Antidrogas, diminuindo a pena em 2/3.

Entretanto, a meu sentir, é inapropriada a aplicação desta causa especial de diminuição de pena, eis que foram apreendidas na posse dos acusados 20 porções de cocaína, 02 cartelas de LSD e quase 01 quilo de

Superior Tribunal de Justiça

maconha, e ainda que não demonstradas as suas participações em organização criminosa, o que se vê aqui é a dedicação inquestionável ao comércio ilegal, e eventualmente de forma constante, mesmo porque não fizeram prova de qualquer atividade lícita, não parecendo crível que eles tivessem tal quantidade de droga, sem que a tanto não estivessem ligados a terceiros versados na mesma criminalidade, ou que ao menos estivesse atuando há bom tempo no comércio ilegal.

Outrossim, os policiais responsáveis pelas prisões em flagrante deram conta da existência de diversas mensagens de texto trocadas entre os acusados, em que estes mencionavam a compra e venda de entorpecentes, demonstrando que agiam com um certo grau de organização no comércio espúrio.

Por óbvio, os requisitos previstos pelo legislador no artigo 33, parágrafo 4º devem ser analisados separadamente. Do contrário, bastaria que a norma exigisse o preenchimento do requisito da primariedade para que o agente fosse agraciado com a redução da pena.

Ademais, a norma buscou dar ao Juiz a possibilidade de no caso concreto aplicar pena menos rigorosa ao réu primário, de bons antecedentes, que não se dedicasse a atividades criminosas e não integrasse organização criminosa, e a intenção do legislador é clara: dispensar tratamento diferenciado ao "traficante menor", em detrimento do "traficante organizado".

A previsão está assentada no princípio da individualização da pena e, assim, não afronta a ordem constitucional. Trata-se de regra não obrigatória, facultando ao Magistrado sua aplicação ou não, de acordo com o caso em exame, de forma fundamentada.

Assim, acolho a pretensão do representante do Ministério Público e afasto o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei Antidrogas, tornando as penas definitivas em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa em seu mínimo unitário." (e-STJ fls. 632/633)

Da análise dos autos verifica-se que o Tribunal recorrido utilizou fundamentos inidôneos para afastar a aplicação operada na origem, tendo em vista que, com relação ao agravante, foram apreendidas as quantidades de 246 g de maconha, aproximadamente, 2 cartelas de LSD e 1 comprimido de ecstasy, volume que, embora não seja ínfimo, não se mostra exorbitante a ponto de afastar a incidência do benefício, especialmente diante da sua primariedade, ressaltando, ainda, que em momento algum dos autos é mencionada a troca de mensagens para a comercialização dos entorpecentes atribuída ao recorrente.

Dessa forma inexistentes indícios de dedicação do sentenciado a atividades ilícitas, ou de sua participação em organização criminosa, sendo ele primário e de bons antecedentes, e considerando-se, ainda, a quantidade não

elevada da droga apreendida, mas sem olvidar a diversidade e sua natureza altamente danosa à saúde humana, de rigor a aplicação da benesse, mostrando-se razoável e proporcional ao caso a aplicação da fração redutora de 1/2 (metade).

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENÁ DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ACUSADO QUE NÃO POSSUI OCUPAÇÃO LÍCITA. FUNDAMENTO INSUFICIENTE. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO. REGIME PRISIONAL. NATUREZA DO ENTORPECENTE. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENÁ PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. FLAGRANTE ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. A teor do disposto no § 4º do art. 33 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 delituosas ou integrarem organizações criminosas.

3. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

4. O fato de o paciente não ter comprovado ocupação lícita, por si só, não constitui elemento suficiente para afastar a benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedente.

5. Hipótese em que à míngua de elementos probatórios que indiquem a habitualidade delitiva do paciente e considerando sua primariedade, impõe-se a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em 1/2, diante da aferição desfavorável da quantidade de drogas (78,293 crack). Precedentes.

[...]

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em 1/2, redimensionando a sanção do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais pagamento de 250 dias-multa.

(HC 433.490/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 02/04/2018)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENÁ PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. NEGATIVA. MOTIVAÇÃO NÃO SUFICIENTE.

CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena.

Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus.

2. As instâncias de origem não lograram fundamentar de maneira idônea a negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, porquanto não declinou motivação suficiente para afastar o redutor. A simples menção à quantidade e à variedade das substâncias entorpecentes apreendidas, dissociada de qualquer outro elemento, não é suficiente para se concluir acerca da dedicação do paciente às atividades criminosas ou participação em organização criminosa, afastando, peremptoriamente, a incidência da referida benesse. De rigor, pois, a aplicação da minorante em 1/2, em razão da quantidade e diversidade das drogas envolvidas na empreitada criminosa, bem como da natureza de duas delas - 14,8g de crack, 98,6g de maconha e 13,1g de cocaína -, redimensionando-se a reprimenda do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa.

3. Fixada a pena-base no mínimo legal e, aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, sendo a reprimenda final do paciente 2 anos e 6 meses de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 33, § 2º, c, e 44 e incisos, ambos do Código Penal.

4. Habeas corpus concedido a fim de reduzir a pena do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto, possibilitando, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções.

(HC 429.218/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 26/03/2018)

Passando-se à dosimetria, tem-se que a pena-base foi fixada em 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, nos termos do acórdão estadual, a qual permanece inalterada na segunda fase, ante a ausência de agravantes e atenuantes.

Na última etapa, reduz-se a sanção em 1/2 (metade), nos termos da decisão ora exarada, restando a reprimenda definitiva em **2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, a qual se torna definitiva**, ante a ausência de demais causas modificadoras.

Redimensionada a sanção final para patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, proporcional o estabelecimento do modo aberto para o resgate da reprimenda e a concessão da substituição da sanção privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, especialmente considerando-se a favorabilidade das circunstâncias judiciais e a pequena quantidade de entorpecente apreendido, nos termos dos art. 33, § 2º, letra "c", § 3º e 44, ambos do CP.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE PEQUENA DE DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PENA APLICADA DE 1 ANO E 8 MESES DE RECLUSÃO. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ABERTO. ART. 33, § 2º, ALÍNEA "C", DO CÓDIGO PENAL - CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Sendo a quantidade de droga apreendida não muito elevada, as circunstâncias judiciais favoráveis, a pena-base fixada no mínimo legal, a pena aplicada ser inferior a 4 anos, tendo sido reduzida inclusive com o patamar máximo do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, não há justificativa para aplicar regime prisional mais gravoso e vedar a substituição da pena por restritiva de diretos, devendo ser imposto o regime aberto, bem como ser concedida a substituição da pena por restritiva de diretos, de acordo com o disposto no art. 33, § 2º, alínea "c", e art. 44, ambos do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime prisional aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a serem especificadas pelo Juízo de Execuções, e revogar o acórdão impugnado quanto à execução provisória da pena.

(HC 422.049/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2018, DJe 20/02/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE. REGIME E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. FAVORABILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO ANALISADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Embora a diversidade e a quantidade de substâncias apreendidas constituam, de fato, elementos concretos a serem sopesados para concluir que o réu se dedicava - à época dos fatos - a atividades criminosas e, conseqüentemente, afastar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, o Tribunal de origem, em nenhum momento, afirmou, textualmente, que não caberia a diminuição de pena por integrar o réu organização criminosa ou se dedicar a atividades criminosas.

2. Especificamente no caso dos autos, a conclusão pela incidência da referida minorante não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento, de fato, vedado na via estreita do

Superior Tribunal de Justiça

habeas corpus. O caso em análise, diversamente, demanda apenas a reavaliação de fatos incontroversos que já estão delineados nos autos e das provas que já foram devidamente colhidas ao longo de toda a instrução probatória, bem como a discussão, meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

3. Uma vez que o acusado era tecnicamente primário ao tempo do delito, teve a pena-base fixada no mínimo legal, foi condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão e foi agraciado com a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 - a qual visa, justamente, a beneficiar o "traficante ocasional" -, o regime aberto é, efetivamente, o que se mostra mais adequado para a prevenção e a repressão do delito praticado, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal, notadamente porque a quantidade de drogas apreendidas não foi tão elevada. A favorabilidade dessas mesmas circunstâncias evidencia que a substituição da pena por restritiva de direitos se mostra medida socialmente recomendável.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 363.855/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017)

Ante o exposto, conheço do agravo para dar provimento ao Recurso Especial apresentado, de forma a redimensionar a pena imposta ao agravante para 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial aberto, determinando a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos a serem designadas pelo Juiz Criminal competente.

Publique-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 22 de maio de 2018.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator