

EMB.DECL. NO HABEAS CORPUS 237.129 MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
EMBE.(S) : MARCO ANTONIO DE OLIVEIRA
ADV.(A/S) : RAPHAEL HENRIQUE DUTRA RIGUEIRA
EMBDO.(A/S) : PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Trata-se de embargos de declaração opostos em face de decisão em que neguei seguimento ao *writ* com base na Súmula 691 do STF.

O embargante argumenta que, conforme a jurisprudência desta Corte, o paciente sofre constrangimento ilegal flagrante a justificar a concessão da ordem.

Com o fim de sanar a contradição existente entre a decisão embargada e os precedentes citados, pede a superação da Súmula e a concessão da ordem para aplicar o redutor do art. 33, §4º, da Lei de Drogas, substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como expedir alvará de soltura.

É o relatório. **Decido.**

1.Assiste razão ao embargante.

Embora seja aplicável à espécie o teor da Súmula 691, verifico ilegalidade flagrante no afastamento da causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei de Drogas, o que justifica a concessão da ordem de ofício.

Na espécie, o Juízo de primeiro grau condenou o paciente à pena de oito anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de tráfico de drogas. Ao negar a incidência do referido dispositivo, fundamentou nestes termos (eDOC 2, p. 32):

AFASTADA também a redução prevista no artigo 33, § 4º da Lei 11.343 de 23/08/2006, pois **não veio aos autos a demonstração de ocupação lícita de modo a permitir que viva o acusado com dignidade**, estando entregue à atividade criminosa do tráfico como meio de sobrevivência, tanto que, reforço, apanhado enquanto comercializava droga conhecida vulgarmente como CRACK.

HC 237129 ED / MG

O Tribunal local refez a dosagem da pena nos seguintes termos:

DAS QUESTÕES AFETAS À APLICAÇÃO DAS PENAS

Das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP

Na primeira fase da dosimetria, as reprimendas basilares foram fixadas bem acima do mínimo legal, isto é, em 08 anos de reclusão e 2.920 dias-multa ante a análise desfavorável de cinco circunstâncias judiciais (culpabilidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime, natureza da droga).

Neste ponto, penso que as penas-base estão a merecer reparo.

Com efeito, registro que, ao contrário do sustentado pelo magistrado, a culpabilidade do acusado não excedeu aquela inerente ao tipo penal.

O juiz singular utilizou-se fundamentação genérica para reconhecer, como desfavorável ao recorrente, a vetorial “culpabilidade”, aduzindo que “... que atuou com dolo como demonstrado no corpo da sentença” (doc. de ordem nº 82, fl. 18)

Ora, a culpabilidade deve ser entendida restritivamente como reprovabilidade da conduta perpetrada e não como pressuposto da culpabilidade lato sensu (potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa). Sobre o assunto, o entendimento do c. STJ:

(...)

Assim, afasto a valoração negativa da culpabilidade do agente, já que o juízo de censurabilidade de sua conduta não excedeu aquela inerente ao próprio tipo penal.

Por sua vez, os motivos do crime – disseminação de drogas no meio social – são inerentes aos crimes dessa espécie,

HC 237129 ED / MG

razão pela qual desnecessário juízo mais acendrado de reprovabilidade.

De igual forma, no que diz respeito às consequências e as circunstâncias do crime, penso que inerentes, na espécie, ao delito praticado, eis porque não há, no caderno processual, informações acerca da ocorrência de elementos acidentais não integrantes da estrutura do tipo penal. Por fim, no que tange à natureza da droga, embora a magistrada a quo a tenha ponderado negativamente, entendo que, apesar de se tratar de crack - substância dotada de grande potencialidade lesiva - , a quantidade arrecadada é ínfima de molde que não se afigura razoável sopesar sua natureza como desfavorável. Nesse sentido, o entendimento do colendo STJ:

(...)

Logo, afastada a valoração negativa das vetoriais supramencionadas, a redução das penas-base, aos mínimos legais, é medida imperativa. Das circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Na segunda fase, não foram reconhecidas circunstâncias atenuantes ou agravantes.

Das causas de aumento ou diminuição

Busca a defesa do acusado o reconhecimento da minorante especial do §4º, do art. 33, da Lei 11.343/06.

Razão não assiste ao recorrente.

Conforme consta dos depoimentos prestados pelos militares, o réu vinha se dedicando à prática, reiterada, do tráfico de drogas, não se tratando de principiante no submundo do crime. Observemos algumas passagens de suas declarações prestadas sob o crivo do contraditório:

“[...] Que o acusado confessou que a droga seria destinada para o comercio ilegal. Que o réu é conhecido

HC 237129 ED / MG

no meio policial pelo seu envolvimento com o tráfico de drogas, em virtude de diversos REDS apontando o acusado como traficante de entorpecente. Que diversas foram as tentativas da polícia de flagrar o acusado em situação de flagrante. Que o réu já foi preso anteriormente pelo tráfico de entorpecente [...]” (Alisson Rodrigues Moreira - doc. de ordem nº 44 – Pje mídias – Processo nº 0002851-98.2023.8.13.0056) “[...] Que o acusado Marcos Antônio já possui uma passagem por tráfico de drogas, mas estava aguardando em liberdade. Que apesar disso, outros registros do disque denúncias apontavam o réu no tráfico de drogas na região, durante o período que estava solto. Que ele era apontado como traficante de drogas na região. [...]” (Dhiego Machado de Araújo - doc. de ordem nº 44 – Pje mídias – Processo nº 0002851-98.2023.8.13.0056) “[...] Que o acusado é conhecido no meio policial por sua atuação no tráfico na região. [...]” (Sérgio Roberto Da Silva Gonçalves Paiva - doc. de ordem nº 44 – Pje mídias – Processo nº 0002851- 98.2023.8.13.0056)

A existência de diversas denúncias anteriores contra o acusado Marco Antônio, relacionadas à prática reiterada do tráfico de drogas, conforme indicado pelos números do REDS (Registro de Eventos de Defesa Social), 2022-056884600-001; 2022.057197549-001; 2023.000595831-001; 2023-008410094-00, indica um padrão de comportamento e histórico de habitualidade do réu em atividade criminosa, especialmente a mercancia ilícita de entorpecentes.

Tal assertiva é respaldada pela apreensão de entorpecentes - os quais já se encontravam fracionados e prontos para o comércio ilícito -, bem como a arrecadação de petrechos comumente utilizados para dolagem de drogas, juntamente com um caderno contendo anotações relacionadas à contabilidade do tráfico e de certa quantia em dinheiro.

HC 237129 ED / MG

Na esteira desse entendimento, vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça:

(...)

Nesse panorama, do conjunto probatório, nota-se, claramente, que o acusado Marco Antônio não era iniciante na senda criminosa. Ao contrário. As provas denotam que se dedicava à prática de atividades criminosas, razão pela qual deixo de reconhecer a minorante prevista no §4º, do art. 33, da Lei 11.343/06.

Diante de todo o exposto, passo à reestruturação das reprimendas.

DA FIXAÇÃO DAS PENAS

Na primeira fase da operação de dosimetria das penas, considerando a análise favorável de todas as circunstâncias judiciais, fixo as básicas no mínimo legal - 05 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na segunda fase, ausente agravantes ou atenuantes a serem consideradas, a reprimenda deve ser mantida no patamar anterior.

Na terceira fase, concernente ao exame das causas e, nenhuma havendo, geral ou especial, de diminuição ou de aumento de pena, torno as reprimendas definitivas em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Do valor unitário da pena pecuniária Conservo, tal como definido na sentença, o valor unitário do dia-multa em um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Do regime inicial de cumprimento de pena Diante do novo quantum de pena imposto e da primariedade do acusado, fixo o regime inicialmente semiaberto para o cumprimento da reprimenda, com fulcro no art. 33, § 2º, "b" do CP.

HC 237129 ED / MG

Como se vê, as instâncias ordinárias justificaram o afastamento da causa de diminuição da pena em razão das circunstâncias do flagrante (crack, anotações e apetrechos apreendidos), bem como em decorrência de notícias de que o paciente se dedicava à traficância e da ausência de comprovação de atividade lícita.

Esse posicionamento, contudo, não se alinha à jurisprudência desta Suprema Corte no sentido de que *“para legitimar a não aplicação do redutor é essencial fundamentação corroborada em elementos capazes de afastar um dos requisitos legais, sob pena de desrespeito ao princípio da individualização da pena e de fundamentação das decisões judiciais.”* (HC 178.018, Relator Gilmar Mendes, DJe 27.11.2019).

Nesse sentido, ressalto que as circunstâncias do flagrante, apesar de suficientes para a configuração do tipo, não bastam para demonstrar o não preenchimento dos vetores previstos no art. 33, §4º da Lei 11.343/2006.

No que diz respeito às notícias de que o paciente se dedicava à traficância, o STF entende, à luz do princípio da presunção de inocência, que a utilização de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado é insuficiente para comprovar a dedicação do paciente a atividades criminosas. Vejamos:

Habeas corpus. 2. Tráfico de entorpecentes. Condenação. 3. Causa de diminuição de pena do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006. 4. Não aplicação da minorante em razão de sentença sem trânsito em julgado. 5. Paciente primário. 6. Ausência de provas de que integra organização criminosa ou se dedique à prática de crimes. 7. Decisão contrária à jurisprudência desta Corte. Constrangimento ilegal configurado. 7.1. O Pleno do STF, ao julgar o RE 591.054, com repercussão geral, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, firmou orientação no sentido de que a existência de inquéritos policiais ou de ações

HC 237129 ED / MG

penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena.

7.2. Para efeito de aumento da pena, somente podem ser valoradas como maus antecedentes decisões condenatórias irrecorríveis, sendo impossível considerar para tanto investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação ao artigo 5º, inciso LIV (presunção de não culpabilidade), do texto constitucional. 8. Decisão monocrática do STJ. Ausência de interposição de agravo regimental. Superação. 9. Ordem concedida parcialmente para que o Juízo proceda à nova dosimetria. (HC 151431, Relator Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 08.05.2018)

Nesse sentido, por iguais razões, não há como admitir que meras notícias acerca da dedicação do paciente às atividades criminosas afastem o benefício da redução da pena.

Ressalto ainda que a jurisprudência desta Corte já asseverou, por diversas vezes, que *“o fato de não possuir emprego formal não pode ser usado para negar o benefício do tráfico privilegiado, sobretudo num país com alta taxa de desemprego, se a acusação não logrou êxito em comprovar que a recorrente se dedicava a atividades criminosas ou integrava organização criminosa”*. (HC 159.347, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, julgado em 01.08.2018).

Desse modo, constatada a motivação inidônea para afastar a causa de diminuição da pena, concluo que a deficiência na fundamentação da dosimetria da reprimenda configura situação de flagrante ilegalidade, especialmente porque o paciente é primário, possui bons antecedentes e, à míngua de outros elementos probatórios, não há comprovação de que integre organização criminosa ou se dedique à traficância habitualmente.

Dito isso, não visualizo qualquer argumento ou fundamento hábil a negar a incidência da minorante.

2. Assim, considerando que a pena-base foi fixada no mínimo legal (5 anos) e não foi alterada na segunda fase, promovo a incidência da

HC 237129 ED / MG

causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006, na fração de 2/3, tornando definitiva as reprimendas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

3. Finalmente, presentes os requisitos legais para tanto, deve a pena privativa de liberdade ser substituída por pena restritiva de direitos, conforme dispõe o art. 44 do Código Penal.

4. Ante o exposto, acolho os embargos de declaração e reconsidero a decisão embargada e, com fulcro no art. 192 do RISTF, não conheço do writ, mas concedo a ordem, de ofício, para: a) aplicar a fração de redução de pena (§4º do art. 33 da Lei 11.343/2006) de 2/3 (dois terços), tornando definitiva a pena privativa de liberdade em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão de reclusão, em regime inicial aberto, nos termos do art. 33, §2º, “c”, e §3º, do CP, e a pena de multa em 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor já arbitrado e b) determinar a substituição da pena privativa de liberdade por 02 (duas) restritivas de direitos ou por 01 (uma) restritiva de direito e 01 (uma) de multa, nos moldes do art. 44, § 2º, do CP, a serem definidas pelo Juízo da Execução.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 20 de fevereiro de 2024.

Ministro EDSON FACHIN

Relator

Documento assinado digitalmente