HABEAS CORPUS Nº 414.539 - SP (2017/0220820-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE	:	RODRIGO FONSECA
ADVOGADO	:	RODRIGO FONSECA - SP0279007
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	SIDINEI JOSÉ FERREIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). FRAÇÃO MÁXIMA. NÃO EXPRESSIVIDADE DA DROGA APREENDIDA (16,3 G DE COCAÍNA). REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. COAÇÃO ILEGAL CONFIGURADA.
Ordem concedida nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **Sidinei José Ferreira**, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, pelo Juízo da 17ª Vara Criminal do Foro Central Criminal Barra Funda da comarca da Capital/SP, à pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, no regime inicial aberto, e 193 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, § 4º, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006 (fls. 74/83).

Interpostas apelações, o Tribunal *a quo* negou provimento ao apelo da defesa e deu parcial provimento ao recurso da acusação para: *a) modificar o fator de redução aplicado por força do art. 33, § 4º da Lei de Tóxicos para 1/6; b) reconhecer a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, III da mesma lei, também na fração de 1/6; c) alterar o programa de início da execução para o regime fechado; d) afastar a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direito* (fl. 23). Assim, a pena foi redimensionada para 5 anos, 1 mês e 1 dia de reclusão, mais pagamento de 565 dias-multa

(Apelação n. 0029536-18.2014.8.26.0050 – fls. 123/57).

Daí a presente impetração, na qual o impetrante requer, em suma, seja restabelecida a sentença de primeiro grau, que aplicou a fração máxima de diminuição da pena (2/3), pelo reconhecimento do tráfico privilegiado.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 62/63).

Dispensadas as informações, o Ministério Público Federal, em parecer exarado pela Subprocuradora-Geral da República Célia Regina Souza Delgado, manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* (fls. 67/72).

É o relatório.

Consoante relatado, pretende o impetrante a revisão da dosimetria da pena.

Para melhor compreensão da controvérsia, confiram-se os fundamentos do acórdão impugnado, no que interessa (fls. 43/56 – grifo nosso):

> No mais, o réu foi beneficiado na origem com a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei de Tóxicos em patamar máximo, ou seja, 2/3.
>
> O legislador não estabeleceu os parâmetros específicos para a escolha da fração de redução de pena prevista no dispositivo legal em referência. Diante de tal omissão, a fim de orientar o cálculo da minorante, a jurisprudência firmou entendimento de que devem ser ponderadas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Cód. Penal e, especialmente, o disposto no art. 42 da Lei de Tóxicos (STJ HC 252178/MG 6ª T. rel. Min. Rogerio Schietti Cruz j. 15.10.2013).
>
> **Ocorre que, data vênia, o número de invólucros e a natureza letal da droga apreendida, mais o envolvimento de menor de idade na ação criminosa não autorizam a redução no patamar máximo, uma vez que, em apreço aos preceitos da razoabilidade e proporcionalidade, não pode o acusado merecer benefício em igual proporção àquela estabelecida para outros sentenciados relacionados a quantidades bem inferiores e em situações distintas daquelas verificadas no caso dos autos.**
>
> [...]
>
> Daí, porque, acolhe-se a pretensão ministerial para alterar o parâmetro de diminuição para a fração mínima de 1/6.
>
> [...]
>
> Diante das modificações consignadas nos dois tópicos anteriores, cumpre reajustar a pena final arbitrada na origem.

Considerando que a pena-base foi estipulada no piso legal, com incidência do redutor no patamar de 1/6, cf. consignado no presente voto, mais a incidência das causas de aumento previstas no art. 40, III e VI da Lei de Tóxicos (registrando-se que esta última majorante restou reconhecida na r. sentença condenatória e não foi objeto de insurgência recursal), cada uma delas também aplicadas na fração de 1/6, temos que a reprimenda fica redimensionada ao patamar de 5 anos, 8 meses e 1 dia de reclusão, além do pagamento de 565 diárias de multa, mantida a unidade no piso legal.

[...]

No que tange ao regime penitenciário, a obrigatoriedade do programa inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e os a ele equiparados foi declarada inconstitucional pelo Col. Pretório Excelso, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES, no Pleno, rel. Min. Dias Toffoli.

Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Cód. Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei (STJ HC 272.152/SP rel. Min. Marilza Maynard 6ª Turma J. 10.12.2013).

Na espécie, a fixação do regime mais gravoso para o início do desconto da pena privativa de liberdade se justifica em virtude da natureza e razoável quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas, somando-se, ainda, o envolvimento de menor na empreitada delituosa.

[...]

De todo modo, o reajuste da pena operado no presente não autorizaria o cumprimento em regime aberto, haja vista que estabelecida em patamar superior a 4 anos, leia-se o texto da alínea “c”, § 2º do art. 33 do Cód. Penal.

Destarte, modifica-se o regime inicial de desconto da pena para o fechado.

Por fim, inadmissível, data vênia, a substituição da pena privativa de liberdade por sanções alternativas.

[...]

Não obstante, a pena final reajustada para patamar acima de 4 anos, o envolvimento com o mercado proscrito, a quantidade e natureza da droga apreendida, o clima de instabilidade social trazido pela traficância não coadunam com os requisitos legais delineados nos incs. I e III do art. 44 do Cód. Penal.

[...]

Ante o exposto, nos termos do voto, nego provimento ao recurso do sentenciado e dou provimento ao apelo ministerial a fim de: a) modificar o fator de redução aplicado por força do art. 33, §4º da Lei de Tóxicos para 1/6; b) reconhecer a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, III da mesma lei, também na fração de 1/6; c) alterar o programa de início da execução para o regime fechado; d) afastar a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Por conseguinte, a pena final fica reajustada para 5 anos, 8 meses e 1 dia de reclusão, além do pagamento de 565 diárias de multa, mantida a unidade no piso legal.

Do exposto, verifica-se que assiste razão ao impetrante, no que se refere ao pleito de fixação da fração pelo reconhecimento da causa de diminuição de pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, no máximo legal permitido.

Segundo o entendimento desta Corte, *na falta de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do delito, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, para afastar a aplicação da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes* (HC n. 407.471/RS, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 21/9/2017).

Na hipótese, como visto, o Tribunal *a quo* fixou a fração de 1/6, pelo reconhecimento do tráfico privilegiado, em virtude da quantidade de droga apreendida.

Contudo, o referido fundamento deve ser afastado, porquanto, segundo o acórdão (fl. 28), foram apreendidos com o paciente 16,3 g de cocaína, quantidade essa que, por si só, não se apresenta como expressiva o suficiente a ponto de afastar a incidência da fração máxima (2/3) de diminuição da pena (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

Ademais, o envolvimento de menor de idade, também citado como fundamento, já foi considerado para agravar a reprimenda, ao ser reconhecida a causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006.

No mesmo sentido:

> *HABEAS CORPUS.* TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. *QUANTUM* DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO NO MÁXIMO. 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. O Tribunal de origem não logrou fundamentar de maneira idônea a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no percentual de 1/2, porquanto não declinou motivação suficiente para a fixação do redutor no patamar intermediário, sendo possível a aplicação da minorante na fração máxima.

3. Aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em patamar máximo, sendo a reprimenda final 1 ano e 8 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. Ordem concedida a fim de reduzir a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto, possibilitando, ainda, de ofício, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções.

(HC n. 371.555/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 23/10/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MANUTENÇÃO DA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. ALEGAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE AGRAVAMENTO DA PENA DO PACIENTE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. MOTIVOS. LUCRO FÁCIL. IMPOSSIBILIDADE. ARGUMENTO INERENTE AO TIPO DO TRÁFICO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. VIABILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. No que tange à diversidade das drogas apreendidas, observa-se que inexiste constrangimento ilegal a ser sanado, uma vez que esse argumento é válido para tal fim, pois em consonância ao já mencionado art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que assenta justamente a preponderância da quantidade, nocividade e diversidade da droga como circunstância judicial.

6. Dessa forma, decotando os motivos do crime e restando apenas uma circunstância judicial a ser considerada negativa, de rigor a redução da pena-base.

7. 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.

8. A natureza constitui fundamento idôneo para justificar a fixação da

> minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em patamar inferior ao máximo legal, mas, no presente caso, não se mostra expressiva o suficiente para aplicar fração diversa da máxima.
>
> 9. Por fim, ainda que a pena tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos, tendo em vista que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, não há se falar em outro regime senão o semiaberto já fixado pelas instâncias ordinárias, tampouco em substituição da pena.
>
> 10. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente.
>
> (HC n. 406.467/ES, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 31/10/2017)

Fixadas essas premissas, e obedecidas as demais diretrizes estabelecidas pelas instâncias ordinárias, passo à dosimetria da pena.

Em razão da inexistência de circunstâncias judiciais negativas, mantém-se a pena-base no mínimo legal de 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa. Ausentes agravantes e atenuantes. Reconhecidas as causas de aumento, previstas nos incisos III e VI da Lei n. 11.343/2006, majora-se a pena a 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, e 687 dias-multa. Concedida a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, no seu patamar máximo de 2/3, a pena torna-se definitiva em 2 anos, 3 meses e 6 dias, e 229 dias-multa, no valor unitário do mínimo legal.

Quanto ao regime de cumprimento da pena, declarada pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 (*Habeas Corpus* n. 111.840/ES), sua fixação deve atender aos comandos previstos no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Sendo assim, em razão do *quantum* da pena aplicada, da primariedade do paciente e por não existirem circunstâncias judiciais negativas, deve ser fixado o regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda. Pelos mesmos fundamentos, deve ser concedido ao réu o direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 33, § 2º, *c*, e art. 44, ambos do CP).

Ante o exposto, **concedo** a ordem para reduzir a pena imposta ao

paciente, fixando-a em 2 anos, 3 meses e 6 dias de reclusão, em regime aberto, e 229 dias-multa, com a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos a serem estipuladas pelo Juízo da execução.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 20 de fevereiro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator