HABEAS CORPUS Nº 491.401 - SP (2019/0029277-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	GLAUCIO DALPONTE MATTIOLI
ADVOGADO	:	GLAUCIO DALPONTE MATTIOLI - SP253642
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	WEVERSON APARECIDO GARCIA DE OLIVEIRA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de WEVERSON APARECIDO GARCIA DE OLIVEIRA apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado ao cumprimento da pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 333 dias-multa, no valor mínimo, por infração ao art. 33, *caput*, c/c o § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porque "trazia consigo e guardava, para consumo de terceiros e fornecimento alheio, ainda que gratuitamente, **14 porções de cocaína [pesando 15 (quinze) gramas]**, bem como a quantia de R$78,00 (setenta e oito reais), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar" (e-STJ fl. 16).

Irresignada a defesa interpôs recurso de apelação, desprovido nos termos da ementa ora transcrita (e-STJ fl. 15):

> *TRÁFICO DE ENTORPECENTES – Materialidade a autoria bem comprovadas – Sentença confirmada por seus próprios fundamentos.*
>
> *PENAS E REGIME PRISIONAL Corretamente fixados.*
>
> *Apelação desprovida.*

Na presente impetração, a defesa assere que, "embora o paciente, tenha sido detido com cocaína, - 14 porções de cocaína, com cerca de 15 gramas, houve um equívoco, na redução em apenas 1/3, quando da aplicação da causa de diminuição prevista no §4º do art. 33 da Lei de Drogas e a fixação do regime fechado" (e-STJ fl. 5).

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a concessão da ordem para que seja estabelecido o regime aberto e aplicada a fração referente ao tráfico privilegiado em seu grau máximo.

A liminar foi deferida (e-STJ fls. 107/110).

Ouvido, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem (e-STJ fls. 114/116).

É, em síntese, o relatório.

Consoante o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

No caso dos autos, a sentença, mantida pelo Tribunal local, não aplicou a minorante em seu grau máximo, consignando que (e-STJ fl. 39):

> *Na terceira fase de aplicação de pena, presente o tráfico privilegiado. Assim, considerando-se que o acusado foi surpreendido com 14g de cocaína, e, pois, droga cuja natureza possui maior potencial destrutivo, reduzo a pena em 1/3 e chego a 3 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 333 dias-multa.*

Não se olvida da reiterada orientação desta Corte, de que a quantidade e a natureza da droga podem modular a fração do redutor. Contudo, na espécie, entendo que a quantidade apreendida – **14 porções de cocaína, pesando 15g (quinze gramas)** – não se mostra suficiente para se concluir pela redução da fração da minorante, razão pela qual entendo que o paciente faz jus à aplicação da fração máxima da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Dessa forma, entendo que deve incidir a fração de 2/3 (dois teços), relativa à minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, na terceira fase da dosimetria, por estarem preenchidos os requisitos necessários à sua concessão.

A propósito, confiram-se:

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006 NO PATAMAR MÁXIMO. QUANTIDADE DE DROGA INEXPRESSIVA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS A DEMONSTRAR QUE A PACIENTE NÃO SEJA PEQUENA TRAFICANTE. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO E NA QUANTIDADE DE DROGA. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA.*

PRIMARIEDADE E MONTANTE DA PENA QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL ABERTO.

1. De acordo com o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de um sexto a dois terços da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. Na hipótese dos autos, a Corte a quo, embora tenha reconhecido a primariedade da paciente, a ausência de maus antecedentes e evidências de que integrasse organização criminosa, reformou a sentença, aplicando o supracitado redutor na fração mínima, com base na quantidade da droga apreendida, concluindo não se tratar de pequeno traficante. Contudo, a quantidade de entorpecente apreendida, 17 porções de cocaína, não se mostra suficiente para se chegar a tal conclusão, à míngua de elementos concretos.

3. O regime prisional mais gravoso que o patamar de pena aplicada pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, conforme o teor das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

4. In casu, o regime fechado foi estabelecido pelo Tribunal de origem com base na gravidade abstrata do delito e na quantidade de droga, fundamentação que deve ser afastada, notadamente, diante da não expressiva quantidade de droga. Constatada a primariedade, ausência de circunstâncias desfavoráveis e o quantum da pena privativa de liberdade inferior a 4 anos faz jus a paciente ao regime aberto.

5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 381.399/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 25/04/2017, DJe 08/05/2017, grifei.)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PLEITO DE APLICAÇÃO DA REDUÇÃO DE PENA NO PATAMAR MÁXIMO (2/3). AFASTAMENTO, PELO ACÓRDÃO IMPUGNADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, PELO ACÓRDÃO IMPUGNADO, COM FUNDAMENTO NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. MANIFESTA ILEGALIDADE CONSTATADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

[...]

V. In casu, há manifesto constrangimento ilegal, passível de concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.

> *VI. O acórdão impugnado afastou o redutor - previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 e aplicado, pela sentença, no patamar máximo -, apenas ao fundamento de que o paciente possuiria personalidade afeita à prática de delitos, decorrente do fato de responder a outro processo, por tráfico de drogas - na verdade, por crime de porte, para consumo próprio -, com condenação não transitada em julgado, ilação que ofende o princípio da presunção de inocência e a Súmula 444/STJ, não podendo subsistir.*
>
> *VII.* ***Aplicável o redutor, previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, uma vez que o paciente preenche os requisitos contidos no referido dispositivo legal, já que é primário - ostentando apenas uma condenação criminal anterior, ainda não transitada em julgado, pela prática de crime de porte de droga, para consumo próprio -, não se dedica a atividades criminosas, nem integra organização criminosa, tal como constatado pelo Juízo de 1º Grau, que aplicou a referida causa de diminuição da pena, no grau máximo, devendo ser restabelecida, no ponto, a sentença condenatória, que fixou a pena definitiva do paciente em 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.***
>
> [...]
>
> *X.* ***No caso, o paciente é primário, foi preso com 1,7 g de cocaína, a pena-base foi fixada no mínimo legal, sendo-lhe todas as condições judiciais favoráveis****, com pena definitiva fixada em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.*
>
> *XI. Habeas corpus não conhecido.*
>
> *XII. Ordem concedida, de ofício, para fixar a sanção penal em 1 ano e 8 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, além do pagamento de 166 dias-multa, deferindo-se, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, a serem determinadas pelo Juízo da Execução, uma vez que já operado o trânsito em julgado.* (HC 251.300/SP, relatora Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 25/11/2013, grifei.)

Passo, assim, à readequação da dosimetria da pena do delito de tráfico ilícito de drogas, mantendo os parâmetros adotados pela Corte de origem.

Na primeira fase, mantenho a fixação da pena-base no mínimo legal (5 anos de reclusão e 500 dias-multa).

Na segunda fase, ausentes agravantes ou atenuantes a serem consideradas, a pena fica mantida.

Na terceira fase, aplico a fração de 2/3, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o que, à falta de causas de aumento, perfaz a **pena definitiva de 1 (um)**

ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

Dessa forma, diante do novo *quantum* da reprimenda (1 ano e 8 meses de reclusão) e fixada a pena-base no mínimo legal, em face da análise favorável das circunstâncias judiciais, impõe-se o regime inicialmente aberto para cumprimento da pena, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, pois preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

Ante ao exposto, **concedo a ordem de *habeas corpus*** para reconhecer a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima de 2/3 e, assim, reduzir a reprimenda para 1 ano e 8 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, e pagamento de 166 dias-multa, bem como para determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, que deverão ser estipuladas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 20 de fevereiro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator