

**HABEAS CORPUS Nº 496.541 - SP (2019/0063041-3)**

**RELATORA** : MINISTRA LAURITA VAZ  
**IMPETRANTE** : PAULO HENRIQUE SEGURA JUNIOR E OUTRO  
**ADVOGADOS** : PAULO HENRIQUE SEGURA JUNIOR - SP376849  
VINICIUS CAZELATO - SP387998  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : AMANDA SANTOS MOTA (PRESO)

**EMENTA**

*HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVAS. FRAÇÃO APLICADA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. PACIENTE QUE FAZ JUS À FRAÇÃO MÁXIMA DA MINORANTE. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM CONCEDIDA.

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de AMANDA SANTOS MOTA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido nos autos da Apelação n.º 0000199-05.2017.8.26.0591.

Consta dos autos que a ora Paciente foi condenada às penas de 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 410 (quatrocentos e dez) dias-multa, no mínimo legal, como incursa no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, por trazer consigo, para fins de tráfico, 1 (um) invólucro de maconha, pesando aproximadamente 76,83g (setenta e seis gramas e oitenta e três centigramas).

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, denegado pelo Tribunal *a quo*.

Neste *writ*, o Impetrante alega a inidoneidade na fundamentação que exasperou a pena-base, visto que baseada somente na quantidade de droga encontrada, que pondera não ser expressiva. Sustenta, ainda, a ilegalidade na fração aplicada da redutora do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, visto que a Paciente possui condições pessoais favoráveis que justificam sua aplicação no patamar máximo. Por fim, argui que não há fundamentação idônea para a decretação do regime prisional mais gravoso, uma

vez que o tráfico de drogas, em sua forma privilegiada, não é considerado crime hediondo.

Requer o Impetrante que seja concedido à Paciente a redução da pena-base ao mínimo legal, a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas em seu patamar máximo, e a fixação do regime inicial aberto para o cumprimento inicial da reprimenda.

As informações foram prestadas às fls. 417-428.

Em parecer de fls. 430-434, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus*, mas pela concessão da ordem, de ofício, para que seja fixado o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena.

É o relatório. Decido.

A sentença, confirmada integralmente pelo acórdão recorrido, apresentou a seguinte fundamentação para exasperar a pena-base da Paciente:

*"Atento aos ditames do artigo 59 do Código Penal Brasileiro, não verifico constar dos autos circunstâncias desfavoráveis ao réu, considerado tecnicamente primário. Porém, a despeito da primariedade do réu, a pena inicial merece elevação na forma do disposto no artigo 42, caput, da Lei 11.343/06, ante a expressiva quantidade de entorpecente apreendido. Desta forma, com espeque no preceito secundário do artigo 33 caput da Lei 11.343/06, fixo a pena base no patamar de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão."* (fl. 31, sem grifos no original)

Como se vê, as instâncias ordinárias justificaram a fixação da pena-base em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal – perfazendo 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses –, valorando negativamente a quantidade da droga apreendida, nos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

No entanto, ainda que evidente a gravidade da conduta, o julgador deve sempre respeitar o critério da proporcionalidade entre o aumento implementado e as circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis.

A propósito:

**"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. ILEGALIDADE FLAGRANTE. PENA-BASE ESTABELECIDA NO DOBRO DO MÍNIMO LEGAL. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. FUNDAMENTO IDÔNEO, MAS DESPROPORCIONAL. PENA REDUZIDA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.**

1. Nos termos de entendimento pacífico no âmbito desta Corte, a revisão da dosimetria da pena em sede de recurso especial é admissível nas hipóteses de ilegalidade ou arbitrariedade flagrante, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência, bem como o princípio da proporcionalidade.

2. Durante o processo de individualização da pena, cabe ao julgador examinar com cautela os elementos que dizem respeito ao fato, além das próprias elementares comuns ao tipo, obedecendo e sopesando todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, a fim de aplicar, de forma justa e fundamentada, reprimenda que seja proporcionalmente necessária e suficiente para reprovação do crime.

3. No caso em apreço, verifica-se que, embora escoreita a fundamentação adotada para a fixação da básica acima do mínimo legal, o aumento procedido pelas instâncias ordinárias revela-se desproporcional e carece de motivação concreta, razão pela qual mostrou-se necessário, excepcionalmente, reduzir a reprimenda, na primeira fase, em observância ao princípio da proporcionalidade.

4. Agravo regimental improvido." (AgRg no AREsp 1.228.022/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2018, DJe de 12/04/2018, sem grifos no original)

Nesse contexto, é evidente a desproporcionalidade de se fixar a pena-base em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, perfazendo 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão), com valoração negativa da citada circunstância judicial, tendo em vista que a natureza e a quantidade da droga apreendida – 76,83g de maconha – não podem ser consideradas por demais relevantes.

Sendo assim, mostra-se adequada a redução da pena-base ao mínimo legal.

Quanto à aplicação da causa de diminuição do § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, o Juiz de primeiro grau entendeu por fixá-la no patamar mínimo de 1/6 (um sexto), sem, no entanto, apresentar fundamentos adequados para justificar a escolha da fração aplicada.

O Tribunal de origem, por sua vez, ao ratificar a sentença, alegou o que se segue:

*"Em seguida, apesar do evidente e profundo envolvimento de AMANDA com a nefasta atividade criminosa, o Juiz sentenciante concedeu-lhe o benefício previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas, reduzindo seu castigo de 1/6, o que totalizou, em definitivo, 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, mais o pagamento de 410 dias-multa, no limiar. Assim, não é razoável a pretensão da defesa, no*

*sentido de que se faça redução ainda maior." (fl. 405).*

Todavia, uma vez constatados sua primariedade e os bons antecedentes, além da ausência de fundamentação idônea para aplicação de fração menor, o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 deverá ser operado na fração de 2/3 (dois terços). A propósito:

**"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. MACONHA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO PARA UTILIZAÇÃO DE FRAÇÃO DESFAVORÁVEL NA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, §4º DA LEI Nº 11.343/2006. ORDEM CONCEDIDA.**

**1. O estabelecimento da fração de 1/4 (um quarto) para a aplicação da causa de diminuição do art. 33, §4º da Lei nº 11.343/2006 não se mostrou pertinente à motivação expendida pela Corte estadual. Isso porque a maconha não pode ser considerada droga com efeito mais deletério do que os demais entorpecentes proscritos no país, de modo a repercutir desfavoravelmente na pena da paciente.**

**2. Incidência da redutora no seu patamar máximo, de 2/3 (dois terços), diante da ausência de quaisquer motivos idôneos para escolha de fração desvantajosa à acusada.**

**3. Ordem concedida." (HC 421.969/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018, sem grifos no original.)**

Por essas razões, passo a refazer o cálculo da pena da Paciente.

Na primeira fase da dosimetria, decotada a valoração negativa da circunstância judicial referente à quantidade de droga, a pena-base deve ser readequada ao patamar mínimo de 5 (cinco) anos de reclusão.

Na segunda fase, deixo de considerar a atenuante da confissão no cálculo, considerando o entendimento desta Corte no sentido de que a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo estabelecido em lei, conforme disposto na Súmula n.º 231/STJ.

Na terceira fase, aplico a causa de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 em seu patamar máximo de 2/3 (dois terços), tornando definitiva a pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

No tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, pondero,

preliminarmente, que, em 27/06/2012, o Tribunal Pleno da Corte Suprema, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, declarou incidentalmente, por maioria, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/1990 (redação dada pela Lei n.º 11.464/07) e afastou a obrigatoriedade apriorística de se fixar o regime inicial fechado para os condenados por tráfico. Assim, independentemente do caráter hediondo do crime, deve o Julgador, ao fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Na espécie, considerando as circunstâncias apreciadas na formulação da nova dosimetria, que estabeleceu a pena igual a 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, o regime inicial adequado ao cumprimento da pena é o **aberto**.

Ante o exposto, CONCEDO a ordem de *habeas corpus* para reduzir a pena da Paciente para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, além do pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias multa, fixada no mínimo legal, mediante condições a serem definidas pelo Juiz das Execuções Penais.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 11 de junho de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ  
Relatora