HABEAS CORPUS Nº 508.755 - SP (2019/0127952-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	RAPHAEL SOARES DA SILVA E OUTROS
ADVOGADOS	:	ANDRÉ GUSTAVO ZANONI BRAGA DE CASTRO - SP161963 THALYS FERNANDO KAUFFUMAN PEREIRA - SP323757 RAPHAEL SOARES DA SILVA - SP408106 RENAN SCAPINELE DERÓBIO - SP423294
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	JOSIVAN SILVEIRA DOS SANTOS (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de JOSIVAN SILVEIRA DOS SANTOS em face de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, assim ementado (fls. 46-47):

> Apelação criminal Tráfico de drogas Sentença condenatória art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06. [...]
> Recursos de Josivan e Mateus buscando a desclassificação para o delito previsto no art. 28, da referida lei. Pleitos subsidiários: aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33 §4º, da referida Lei; fixação de regime inicial diverso do fechado; substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.
> [...]
> Dosimetria da pena Penas-bases fixadas no mínimo legal Na segunda fase, nenhuma circunstância modificativa Na terceira fase, não aplicação do redutor de pena, previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, para Josivan e Mateus Manutenção da aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, para Antônio Claudio, por falta de recurso Ministerial suscitando tal ponto O valor dos dias-multa foi aplicado proporcionalmente ao quantum da pena privativa de liberdade, sendo incabível a redução.
> Regime inicial fechado mantido, eis que justificado Impossibilidade de substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.
> [...]
> Recursos improvidos Determinação de expedição de mandado de prisão em desfavor dos réus, após o decurso de prazo para interposição de embargos de declaração ou embargos infringentes, ou, se houver, forem rejeitados.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, à pena de 5 anos de reclusão, em regime fechado, e 500 dias-multa.

Interposta apelação defensiva, foi negado provimento ao recurso.

Sustenta neste *writ*, em suma, constrangimento ilegal decorrente do não reconhecimento da tráfico privilegiado sem fundamento válido, asseverando,

por outro lado, estarem preenchidos os requisitos legais para a benesse, bem como inexistir motivação idônea para a fixação de regime mais gravoso.

Requer, assim, seja aplicado o redutor do art. 33, §4°, da Lei 11.343/06, abrandamento do regime prisional e convertida a pena em restritivas.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, o Ministério Público Federal ofertou parecer pelo não conhecimento do *habeas corpus.*

É o relatório.

DECIDO.

O Tribunal de Justiça manteve a negativa de reconhecimento do tráfico privilegiado aos seguintes fundamentos (fls. 59-61):

> **Josivan Silveira dos Santos** e Mateus Luis Mardega
> Na primeira fase, atentando-se aos critérios do art. 59, do Código Penal, bem como aos do art. 42, da Lei de Drogas, a r. sentença estabeleceu a pena-base no mínimo legal, ou seja, **em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa, também no mínimo legal.**
> Na fase intermediária, não há circunstâncias agravantes ou atenuantes a considerar.
> Na derradeira fase, inexistem causas de aumento a considerar.
> Na terceira etapa, a r. sentença acertadamente não aplicou o redutor de pena, ponderando, em suma, que os referidos réus Mateus e Josivan, à época, não exerciam qualquer atividade lícita que lhes garantisse o sustento. 'Tinham, pois, no tráfico sua única fonte de rendimento, e evidenciar a reiteração e habitualidade no crime'. Quanto ao pleito defensivo de reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, inaplicável sua incidência. Neste caso, como bem ponderado na r. sentença, muito embora os réus sejam primários, não há prova cabal de que os acusados não se dedicassem também à atividade criminosa. Ademais, deve ser levada em consideração a **quantidade e variedade** de entorpecentes apreendidos e a **natureza** extremamente nociva dos mesmos **(01 porção de cocaína, pesando aproximadamente 8,1 gramas, e 03 porções de crack, pesando aproximadamente 20,23 gramas),** circunstâncias que obstam a incidência do redutor de pena.

Constata-se que, no presente caso, muito embora o acórdão combatido, com o objetivo de afastar a aplicação da benesse, tenha apontado fundamento concreto consubstanciado na quantidade, variedade e natureza da droga apreendida, extrai-se dos autos que o total de drogas apreendidas é de 8,1 gramas de cocaína e 20,23 gramas de crack.

Não obstante a natureza danosa dos estupefacientes, entende esta Corte Superior que a quantidade não relevante e a ausência de circunstâncias adicionais (inserção em grupo criminoso de maior risco social, atuação armada, envolvendo menores ou com instrumentos de refino da droga, etc.), desautoriza

a exasperação da pena-base, a vedação à minorante do tráfico, o agravamento do regime prisional ou a negativa à substituição das penas.

A propósito:

> *HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. [...]
> CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE INJUSTIFICADO.
> 1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, 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.
> 2. Atendidos os pressupostos legais à aplicação do benefício, imperiosa a mitigação da pena nos termos do supracitado dispositivo legal.
> 3. **tendo em vista a favorabilidade das circunstâncias judiciais e a pequena quantidade de droga apreendida, mostra-se razoável e proporcional ao caso a redução da reprimenda em 2/3 (dois terços).**
> REGIME INICIAL. DESPROPORCIONALIDADE AO *QUANTUM* FINAL DA PENA. ALTERAÇÃO PARA O MODO ABERTO E PERMUTA POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.
> 1. **Tratando-se de condenado à pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, primário e de bons antecedentes, com quem foi apreendida quantidade de substâncias tóxicas que não se revela expressiva ou elevada, impõe-se o estabelecimento do regime aberto para o cumprimento inicial da reprimenda privativa de liberdade, bem como a sua substituição por sanções restritivas de direitos.**
> 2. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena imposta ao paciente para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial aberto, mais pagamento de 166 dias-multa, substituindo-se a sanção reclusiva por restritivas de direitos a serem definidas pelo Juízo competente.
> (HC 438.505/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 20/03/2018).
>
> PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE.
> 1. O fato de a agravada não ter comprovado o exercício de atividade lícita, não é fundamento idôneo, por si só, para afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena.
> 2. Segundo a jurisprudência desta Corte, a quantidade e a natureza da droga apreendida constituem elementos aptos a justificar a aplicação da minorante

> do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em patamar diverso do máximo.
> 3. **No caso, no entanto, a quantidade de droga apreendida 10,02g (dez gramas e dois centigramas) de crack não se mostra significativa para justificar a não aplicação da minorante no seu patamar máximo. De fato, não obstante o crack seja considerado de grande nocividade, pelo que se tem dos autos, a agravada estava na posse de pequena quantidade do referido entorpecente, razão pela qual não é razoável a sua consideração na terceira fase da dosimetria.**
> 4. Agravo regimental desprovido.
> (AgRg no AREsp 473.269/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018).

Ademais, a falta de comprovação de ocupação lícita associada à quantidade não relevante da droga apreendida não é suficiente para inferir sua dedicação a atividades criminosas.

Assim, redimensiono a pena para, mantida a pena-base no mínimo legal, inalterada na segunda fase, aplicar a causa de diminuição pelo tráfico privilegiado no patamar de 2/3, tornando-se definitiva a pena em 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.

Considerando o *quantum* da nova pena aplicada, a primariedade do réu, a fixação da pena-base no mínimo legal e a ausência de argumentos concretos para o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, fixo o regime aberto para o início de desconto das penas.

Por oportuno, friso que a quantidade de pena aplicada e as demais circunstâncias pessoais do caso confere ao paciente o direito de ter substituída a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, nos termos do art. 43 e seguintes do Código Penal.

Neste sentido:

> *HABEAS CORPUS.* TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO EM METADE. RAZOABILIDADE. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM, EM MENOR EXTENSÃO.
> 1. 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 mínimo de 1/6, porquanto não declinou motivação suficiente para a fixação do redutor no referido patamar, sendo razoável, diante da quantidade da droga apreendida - 44,59 g de cocaína -, a aplicação da minorante em metade, redimensionando-se a pena para 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa.

> **2. Fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação, e aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no patamar de 1/2, sendo a reprimenda final 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.**
> 3. Ordem concedida, em menor extensão, 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 392.193/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/05/2017, DJe 25/05/2017)
>
> *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. **TRÁFICO DE DROGAS**. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO. ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> [...]
> 2. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo, de acordo com o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.
> **In casu, em razão da primariedade do paciente, do quantum de pena aplicado, inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, "c", do CP), da inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP), bem como da fixação da pena-base no mínimo legal, o regime a ser imposto deve ser o aberto. Precedentes.**
> [...]
> Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, ratificando a liminar anteriormente deferida, fixar o regime inicial aberto para cumprimento de pena.
> (HC 379.637/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017)

Considerando que o corréu Mateus Luis Mardega possui condição pessoal e fático-processual idêntica ao paciente Josivan, é caso de estender os efeitos dessa decisão, com suporte no art. 580 do CPP.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para fixar a pena em 1 ano e 8 meses de reclusão, além do pagamento de 166 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto para o início de desconto das reprimendas e para substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo juízo das execuções, e conceder *habeas corpus* de ofício ao corréu Mateus Luis Mardega a fim de estender a esse os efeitos dessa decisão, nos termos do art. 580 do CPP.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 17 de junho de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator