

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 526.463 - SP (2019/0236827-1)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : MAURO ATUI NETO
ADVOGADO : MAURO ATUI NETO - SP266971
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROSEMARY APARECIDA DA CUNHA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ROSEMARY APARECIDA DA CUNHA, em face de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, assim relatado (fls. 22-23):

Vistos...

Ao relatório da respeitável sentença, que ora se adota, acrescenta-se que Rosemary Aparecida da Cunha foi condenada, por incurso no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, ao cumprimento de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo legal (fls. 168/176).

Apela a ré, buscando a absolvição sob a tese de fragilidade probatória. Subsidiariamente, requer a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 e o abrandamento do regime prisional (fls. 181/195).

O recurso foi devidamente contrariado (fls. 199/203), contando os autos com parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, opinando pelo não provimento do apelo defensivo (fls. 211/216).

Consta dos autos que a paciente foi condenada, como incurso no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa.

Daí o presente *writ*, em que o impetrante sustenta, em síntese, a ausência de fundamentação idônea para afastar a incidência, *in casu*, do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, bem como para fixação de regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso que o legalmente previsto.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para que seja aplicada a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, bem como fixado o regime aberto ou semiaberto.

A liminar foi indeferida (fls. 72-73).

As informações foram prestadas (fls. 78-105).

O parecer do Ministério Público Federal foi pela denegação da ordem.

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

DECIDO.

Conforme relatado, busca a defesa aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, bem como fixação do regime aberto ou semiaberto, sob alegação de ausência de fundamentação idônea.

Quanto à dosimetria da pena, consta da sentença condenatória (fls. 33-34):

[...] II – DA DOSIMETRIA DA PENA. (Art. 59, inc. II, do Código Penal). Fixada a responsabilidade da Acusada, passo à dosimetria da pena. - Art. 59, “caput”, do Código Penal: As circunstâncias judiciais são favoráveis, assim fixo a pena base em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias multa, no piso. Art. 61 e art., 65, do CP: Não há. ART. 68: **Quanto à causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, é ela reservada ao “pequeno traficante”, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas, nem integra organização criminosa. A grande quantidade e a natureza dos entorpecentes demonstram a impossibilidade de se aplicar a causa de diminuição de pena, pois a Ré não se enquadra nos requisitos legais.**

O dispositivo em questão não previu a aplicação dos preceitos do art. 59, do Código Penal, mas não é possível afastar-se de sua incidência, sob pena de se negar vigência à Lei Federal (Código Penal), que determina: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;” Nestes termos afasto a causa de diminuição de pena. Assim torno definitiva a pena em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias multa, no piso. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA – ART. 59, INC. III, DO CÓDIGO PENAL: **Em razão da pena aplicada, da quantidade e da natureza dos entorpecentes, a Ré deverá cumprir a pena no regime inicial fechado.** [...]

O Tribunal de piso ratificou os termos da sentença aos seguintes fundamentos (fls. 25-26):

[...] A reprimenda, fixada definitivamente no mínimo legal, não comporta reparo.

A regra jurídica do artigo 42 da Lei nº 11.343/06 determina a preponderância da natureza e da quantidade de substância sobre os critérios previstos no artigo 59 do Código Penal.

Significa dizer que a aplicação do privilégio fica condicionada não apenas à presença de circunstâncias pessoais favoráveis, mas, também, à antítese do artigo 42, ou seja, que a quantidade de entorpecente seja pequena.

Assim, diante da quantidade apreendida (52,14g de crack), incabível o privilégio previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

A natureza do entorpecente apreendido (crack) e a quantidade revelam especial reprovabilidade delitiva, já que tal substância tem alto poder

Superior Tribunal de Justiça

viciante e destrutivo à saúde humana, em relação a outros entorpecentes sobre cuja comercialização recai a mesma conduta delitiva.

Por tais circunstâncias, a atuação da apelante requer intensa resposta penal, e justifica a adoção do regime mais gravoso.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso, mantendo a respeitável sentença apelada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Na hipótese, tanto para o afastamento da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quanto para fixação do regime gravoso, as instâncias ordinárias valoraram a quantidade e a natureza da droga - 52,14 gramas de crack (fl. 25).

Cumprido esclarecer que é pacífico o entendimento nesta Corte Superior de que a quantidade e/ou a natureza da droga **podem** justificar a não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, **quando evidenciarem a dedicação à atividade criminosa.**

A aplicação do mencionado benefício não fica condicionada ao disposto no art. 42 da Lei de Drogas. Trata-se de direito subjetivo do réu, de sorte que, atendidos os requisitos legais, mister a aplicação da referida causa redutora de pena, devendo os parâmetros previstos no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 serem utilizados não como óbice à sua concessão, mas como vetoriais norteadoras da fixação do *quantum* de redução a ser aplicado no caso, daí o constrangimento ilegal. Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRIMARIEDADE. BONS ANTECEDENTES. NÃO DEDICAÇÃO À CRIMINALIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. PATAMAR MÁXIMO DE 2/3. FIXADO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. No caso em concreto, **levando em conta a primariedade do recorrente, seus bons antecedentes, a ausência de elementos concretos que indiquem a dedicação à criminalidade ou integre organização criminosa, entende-se que estas circunstâncias, e mais: 8,1g de crack e o fato de não demonstrar atividade lícita, não se prestam a afastar por completo a benesse, devendo o acórdão ser reformado.**

2. Assim, **considerando não ser expressiva a quantidade da droga e não havendo outras circunstâncias que denotem que o recorrente se dedique à atividade criminosa nem integre organização criminosa, associadas ao fato de ser primário e possuir bons antecedentes, entendo que faz jus à incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, no patamar de 2/3, ao caso em tela.**

3. O recorrente foi condenado pelo tráfico na forma privilegiada, sendo que a definição do modo inicial de cumprimento da pena deve estar atrelada à

valoração das circunstâncias do art. 59 do CP, que, no caso, foram consideradas favoráveis. Sendo, assim, entendo que, uma vez preenchidos os requisitos legais, sobretudo quando não expressiva a quantidade de entorpecente apreendida, faz jus o recorrente a fixação do regime aberto e a substituição da pena, por serem adequados à prevenção e à reparação do delito em tela.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1106967/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2017, DJe 22/09/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INDEFERIMENTO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS - CRACK, COCAÍNA E MACONHA. PACIENTE QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODO O ANDAMENTO DA AÇÃO PENAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº.11.343/06. PATAMAR DE REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. FRAÇÃO MÁXIMA DE REDUÇÃO APLICADA. PEQUENA QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PRIMARIEDADE E MONTANTE DA PENA QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CABIMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 44 DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. Dada a ausência de fundamentação, deve ser aplicada, na terceira etapa da dosimetria, a fração máxima redutora de 2/3, ante a minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista a pequena quantidade dos entorpecentes apreendidos. Precedentes.

[...]

9. Ordem não conhecida, mas concedida ex officio, para reduzir as penas do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime inicial aberto, e 166 dias-multa, substituindo a pena corporal por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais.

(HC 400.137/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 01/08/2017)

Assim, de rigor a aplicação da minorante especial do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas no presente caso, na fração máxima de 2/3, tendo em vista a não relevância da quantidade de drogas apreendidas.

A pena-base foi fixada em 5 anos de reclusão, mais 500 dias-multa (fl. 34), a qual permanece inalterada, na segunda fase da dosimetria, pela ausência

Superior Tribunal de Justiça

de circunstâncias agravantes ou atenuantes. Por fim, na terceira etapa, fixo a fração de 2/3 para a causa de diminuição, resultando em 1 ano e 8 meses de reclusão, mais 166 dias-multa que, à míngua de outras causas modificativas, torna-se definitiva.

No que diz respeito ao regime inicial de cumprimento da pena, assim consignou a Câmara julgadora (fl. 26):

A natureza do entorpecente apreendido (crack) e a quantidade revelam especial reprovabilidade delitiva, já que tal substância tem alto poder viciante e destrutivo à saúde humana, em relação a outros entorpecentes sobre cuja comercialização recai a mesma conduta delitiva.

Por tais circunstâncias, a atuação da apelante requer intensa resposta penal, e justifica a adoção do regime mais gravoso.

Verifica-se que o regime fechado foi fixado com base na natureza e quantidade dos estupefacientes apreendidos, fundamento que considera-se, a princípio, idôneo.

Contudo, com relação à espécie dos entorpecentes, constata-se que foi apreendida quantidade não relevante (52,14 gramas de crack - fl. 25), o que não justifica a imposição do regime inicial mais gravoso.

Assim, sendo a ré primária (fl. 29), com circunstâncias judiciais favoráveis, não sendo significativa a quantidade dos entorpecentes apreendidos e pena final estabelecida em patamar inferior a 4 anos de reclusão (1 ano e 8 meses), de rigor a concessão da ordem para alterar o regime inicial para o aberto, em conformidade com o art. 33, § 2º, c, do Código Penal. Nesse sentido:

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)

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. QUANTIDADE DE DROGA INEXPRESSIVA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS A DEMONSTRAR QUE O PACIENTE SE DEDIQUE A ATIVIDADE CRIMINOSA OU INTEGRE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. PRIMARIEDADE E MONTANTE DA PENA QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL ABERTO.

[...]

3. O regime 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, fundamentação que deve ser afastada. Constatada a primariedade, ausência de circunstâncias desfavoráveis e o quantum da pena privativa de liberdade inferior a 4 anos faz jus o paciente ao regime aberto.

5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 358.495/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 16/02/2017)

De rigor, ainda, a concessão da ordem, de ofício, para determinar a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, em conformidade com o art. 44 do Código Penal, tendo em vista tratar-se de réu primário, com circunstâncias judiciais favoráveis, cuja pena final estabelecida em patamar inferior a 4 anos de reclusão, não sendo o volume considerável a ponto de impedir a conversão. Na mesma vertente:

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

Superior Tribunal de Justiça

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)

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para reduzir a reprimenda final a 1 ano e 8 meses de reclusão, mais 166 dias-multa, estabelecer o regime inicial aberto e, de ofício, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo das execuções.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 30 de setembro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator