

HABEAS CORPUS Nº 544.425 - SP (2019/0335085-6)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : LUCY HELLEN SIGNER ROCHA
ADVOGADO : LUCY HELLEN SIGNER ROCHA - SP378201
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : UILDISON BRAZ DE AZEVEDO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. ALTERAÇÃO DO *QUANTUM* DE REDUÇÃO PELA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. PATAMAR MÁXIMO. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de UILDISON BRAZ DE AZEVEDO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido nos autos da Apelação Criminal n.º 0002080-04.2016.8.26.0542.

Consta nos autos que o Paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, além do pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, pela prática do crime do art. 33, *caput* e § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, pois, juntamente com outro Corréu, transportavam 98g (noventa e oito gramas) de maconha.

Contra a sentença a Defesa interpôs apelação, que não foi provida (fls. 252-260).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 289-293).

Neste *writ*, sustenta a Defesa que "*não há justificativa para aplicação da causa especial de diminuição da pena em patamar mínimo (1/6), devendo ser fixada a redução para patamar máximo (2/3) e, em consequência, fixação de regime inicial aberto*" (fl. 4).

Argumenta que o Paciente deveria iniciar o cumprimento da reprimenda privativa de liberdade em regime aberto, porquanto o fechado foi imposto tão somente em razão da gravidade abstrata do delito pelo qual foi condenado, com base nas circunstâncias próprias do tipo.

Aduz que deve ser aplicado, na hipótese, o entendimento sedimentado nas Súmulas n.ºs 440 do STJ e 718 e 719, ambas da Suprema Corte.

Requer, liminarmente, a fixação do regime inicial aberto. No mérito, pleiteia a confirmação da liminar e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 299-300.

As informações foram dispensadas, pois devidamente instruídos os autos.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* e, se conhecido, pela denegação da ordem (fls. 305-309).

É o relatório. Decido.

O acórdão atacado, na parte que interessa, está assim fundamentado (fls. 257-258; grifos diversos do original):

"As bases de ambos partiram do piso - 5 anos de reclusão e 500 dias-multa -, porque consideradas normais as circunstâncias judiciais (a quantidade de drogas serviu - adiante demonstrar-se-á - para aplicação da fração do redutor, corretamente não incidindo nesse primeiro estágio, sob pena de bis in idem).

Inexistem agravantes e atenuantes.

Na derradeira, ausentes causas de aumento, em razão das circunstâncias, já contemplados com discutível aplicação do redutor do § 4º, houvesse recurso do MINISTÉRIO PÚBLICO, notadamente em razão do volume da droga (98,0g - peso líquido de maconha), não diminuta. Portanto, nada têm a reclamar quanto à benevolente fração de 1/6 operada, estabilizando-se em 4 anos, 2 meses de reclusão e 416 dias-multa (proporcional à privativa, consoante o teor do CP, art. 68)."

No tocante à minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, convém ressaltar que o referido dispositivo legal dispõe que, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o Paciente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

É certo que o *quantum* de diminuição deve ser aplicado de forma razoável e proporcional, levando-se em consideração as características do caso em análise.

Na hipótese, tendo em vista a qualidade e a pequena quantidade de droga apreendida – 98g (noventa e oito gramas) de maconha –, entendo que deve ser aplicada a diminuição no patamar máximo (2/3), ainda mais quando todas as circunstâncias judiciais analisadas na fixação da pena-base foram consideradas favoráveis.

Parece-me, diante disso, perfeitamente aplicável a causa de diminuição no grau máximo, na esteira da jurisprudência desta Corte.

Nesse sentido, cito os seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO MAJORADO. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06). QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICABILIDADE DA FRAÇÃO MÁXIMA. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL - CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DO REQUISITO DE ORDEM SUBJETIVA PREVISTO NO ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. MEDIDA RECOMENDÁVEL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. A aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa. Nesse contexto, na escolha do quantum de redução da pena em razão da incidência do redutor, deve-se levar em consideração a quantidade e a natureza da substância apreendida, por expressa previsão legal (art. 42 da Lei n. 11.343/06). Na hipótese dos autos, o acórdão guerreado não apresentou fundamentação idônea para reduzir a fração da causa especial de diminuição da pena, não considerando os critérios legais, o que contraria a jurisprudência consolidada desta Corte Superior de Justiça. A pequena quantidade de droga apreendida (90,27g de maconha), justifica a aplicação da minorante em seu patamar máximo (2/3), conforme o entendimento desta egrégia Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício,

para redimensionar a pena da paciente, que se torna definitiva em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, mais o pagamento de 194 dias-multa, fixar o regime prisional aberto para o cumprimento da reprimenda, bem como determinar a suspensão condicional da pena, pelo período de 2 anos, mediante o cumprimento cumulativo das seguintes condições que foram estabelecidas na sentença monocrática: a) proibição de frequentar bares e locais de uso de drogas, ou congêneres; b) proibição de ausentar-se da comarca donde reside por mais de 15 dias, sem autorização do juiz, e c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades." (HC 498.685/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 28/05/2019, DJe 07/06/2019; sem grifos no original.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE QUANTIDADE NÃO EXACERBADA DE DROGA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006 NO PATAMAR DE 1/3 (UM TERÇO). FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REQUISITOS PREENCHIDOS. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA MINORANTE NA FRAÇÃO DE 2/3 (DOIS TERÇOS). FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, A SEREM ESPECIFICADAS PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. Na hipótese, tendo em vista a qualidade e a quantidade de droga apreendida - 6 porções de maconha, pesando 72,4 gramas -, entendendo que deve ser aplicada a diminuição no patamar máximo (2/3), ainda mais quando todas as circunstâncias judiciais analisadas na fixação da pena-base foram consideradas favoráveis, alcançando as sanções o patamar de 1 (ano) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à razão do valor mínimo legalmente estabelecido.

[...]

5. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 480.647/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/11/2019, DJe 28/11/2019; sem grifos no original.)

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. TERCEIRA FASE. § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO IDÔNEO. 47,6 G DE MACONHA E 28,3 G DE COCAÍNA. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PLEITEADA EM 2/3. AUSÊNCIA DE REEXAME DE PROVAS.

REGIME INICIAL. HEDIONDEZ. ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990. INCONSTITUCIONALIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. PRECEDENTES. SÚMULAS 440/STJ E 718 E 719/STF.

Agravo regimental improvido." (AgRg no AREsp 1.183.712/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018; sem grifos no original.)

Fixadas essas premissas, passo a redimensionar a pena a ser aplicada ao Paciente no tocante ao crime previsto no art. 33, *caput* e § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006:

a) **1.ª Fase** – mantida a pena-base fixada pelo Juiz de primeiro grau no patamar mínimo legal, qual seja: 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa;

b) **2.ª Fase** – ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes; e

c) **3.ª Fase** – diminuo a reprimenda em 2/3 (dois terços), tendo em vista a minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, **alcançando a pena definitiva de 1 (ano) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à razão do valor mínimo legalmente estabelecido.**

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 pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a ausência de circunstâncias judiciais negativas, **bem como a inexistência de grande quantidade de**

droga apreendida, o regime inicial de cumprimento de pena adequado é o **aberto**.

Com igual conclusão, destaco o seguinte precedente:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. CONCURSO DE AGENTES. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA. INCIDÊNCIA DE DUAS MAJORANTES. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. SÚMULA N.443/STJ. REGIME INICIALMENTE FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. SÚMULAS N. 440/STJ, N. 718/STF E N. 719/STF. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

III - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o deferimento do regime aberto se dá desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, c.c. o art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período não superior a 4 (quatro) anos e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

IV - Na presente hipótese, verifica-se que a pena-base foi fixada no mínimo legal, pois consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais. Além disso, o paciente é primário e a pena final não excede quatro anos de reclusão. Diante desse contexto, forçoso reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, eis que não há razão idônea para não conceder o regime aberto para início de cumprimento da reprimenda.

V - Nos termos do enunciado Sumular n. 719/STF: 'A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea'.

VI - 'A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.' (enunciado n. 718 da Súmula do Pretório Excelso, DJU de 9/10/2003).

VII - 'Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito' (enunciado da Súmula n. 440 desta Corte).

Habeas corpus não conhecido. Todavia, concedo a ordem, de ofício, reduzindo a pena do paciente para 2 (dois) anos e 26 (vinte e seis) dias de reclusão e fixando o regime prisional aberto para início de cumprimento da reprimenda." (HC 388.967/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro Felix Fischer, DJe. 09/05/2017; sem grifos no original.)

No mais, o Paciente faz *jus* à substituição da pena privativa de liberdade por

sanções restritivas de direitos.

Na hipótese, verifico que o Juízo sentenciante, considerando favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, fixou a pena-base no mínimo legal e aplicou a minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, a qual, como já explicitado, deve incidir no patamar máximo. Dessa forma, mostra-se socialmente recomendável a substituição de pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, sendo ilegal a negativa da substituição, apenas em razão da gravidade genérica.

A propósito:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO A TODOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO. CORRETA INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182/STJ. 2. PEDIDO DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. INICIATIVA DO ÓRGÃO JULGADOR. 3. FIXAÇÃO DE REGIME FECHADO. INDEFERIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. FUNDAMENTOS GENÉRICOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 4. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. A substituição da pena foi inviabilizada, de forma abstrata e vaga, em virtude do não preenchimento de requisitos subjetivos. De igual forma, o regime fechado foi fixado com fundamento no § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei 11.464/2007, o qual foi declarado inconstitucional pelo STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, afastando-se, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do CP. Dessa forma, diante da manifesta ausência de fundamentação concreta, bem como em virtude de o agravante ser primário, com pena-base fixada no mínimo legal, tendo sido inclusive beneficiado com a causa de redução da pena, a configurar o tráfico privilegiado, tem-se a possibilidade de fixação do regime aberto e de substituição da pena privativa por restritivas de direitos.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais." (AgRg no AREsp 1.235.920/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 10/08/2018, sem grifos no

original.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CONECTÁRIOS. REGIME E SUBSTITUIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Conforme decidido pela Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento dos EREsp n. 1.431.091/SP (DJe 1º/2/2017), de relatoria do Ministro Felix Fischer, 'é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica à atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06'. Contudo, não basta a existência de uma condenação anterior ou de um processo em andamento para, por si só, autorizar a conclusão de que o acusado se dedica a atividades criminosas, notadamente quando o crime anterior em nada interferir na compreensão de que se trata de um pequeno traficante ou de um traficante ocasional. Precedentes.

2. À luz das peculiaridades do caso concreto, não há como concluir que a simples existência de um processo por lesão corporal e de outro por furto permita, isoladamente, a conclusão de que o paciente se dedica a atividades criminosas ou de que faça do tráfico de drogas o seu meio de vida.

3. Uma vez que, na data em que cometido o crime de tráfico de drogas em questão, os processos havidos em desfavor do acusado ainda não registravam a eventual existência de condenação transitada em julgado, não há, ao contrário do que afirmou a Corte de origem, como sopesá-los a título de maus antecedentes, em atenção ao enunciado na Súmula n. 444 desta Corte Superior de Justiça.

4. Afastado o único fundamento utilizado pela Corte estadual para justificar a não incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e dado que o próprio Juiz sentenciante (que teve contato com as provas dos autos de maneira mais direta) chegou, inclusive, a reconhecer a aplicação do benefício em favor do paciente, deve a ordem ser concedida nesse ponto, a fim de restabelecer a aplicação da causa especial de diminuição de pena, tal como efetivado em primeiro grau.

5. Visto que a reprimenda ficou definitivamente estabelecida em patamar abaixo de 4 anos de reclusão, o paciente era tecnicamente primário ao tempo do delito e possuidor de bons antecedentes, teve a pena-base estabelecida no mínimo legal e foi agraciado com a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, mostra-se devida a fixação do regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, 'c', e § 3º, do Código Penal, com atenção também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. A favorabilidade de todas essas circunstâncias também evidencia que a substituição da pena privativa

de liberdade por restritiva de direitos se mostra medida socialmente recomendável, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.

6. *Ordem concedida a fim de: a) aplicar em 2/3 a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e, por conseguinte, reduzir a reprimenda do paciente para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 195 dias-multa; b) fixar o regime aberto de cumprimento de pena; c) determinar a substituição da reprimenda por duas restritivas de direitos, a serem escolhidas pelo Juízo das Execuções Criminais, à luz das peculiaridades do caso concreto.*" (HC 359.813/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 22/06/2018, sem grifos no original.)

Ante o exposto, CONCEDO A ORDEM de *habeas corpus* para reduzir a pena do Paciente para 1 (ano) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à razão do valor mínimo legalmente estabelecido e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo das Execuções Criminais, cujo início de cumprimento condiciona-se ao eventual trânsito em julgado da condenação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora