

**HABEAS CORPUS Nº 538.047 - SP (2019/0301024-0)**

**RELATORA** : **MINISTRA LAURITA VAZ**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
RODRIGO GRUPPI CARLOS DA COSTA - SP389339  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : ULISSES KAIQUE MOURA VIEIRA (PRESO)  
**PACIENTE** : DOUGLAS DE SOUZA SOARES  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**EMENTA**

*HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. FRAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. QUANTIDADE DE DROGAS NÃO EXACERBADA. FIXAÇÃO NO PATAMAR DE 1/2 (METADE). REGIME ABERTO. CABIMENTO. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.*

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de DOUGLAS DE SOUZA SOARES e ULISSES KAIQUE MOURA VIEIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação n.º 1501060-30.2018.8.26.0542.

Consta dos autos que os Pacientes foram presos em flagrante, em 29/11/2018, e denunciados como incurso no crime de tráfico de drogas porque, em revista pessoal,

*"com o denunciado DOUGLAS foi encontrada uma pochete vermelha, na qual havia 55 (cinquenta e cinco) trouxinhas de plástico contendo maconha, 04 (quatro) porções de cocaína, além da quantia de R\$ 115,00 (cento e quinze reais). Já com ULISSES foi encontrada uma pochete de cor preta, na qual havia 28 (vinte e oito) porções de maconha, 07 (sete) invólucros de papel alumínio contendo crack, 54 (cinquenta e quatro) pinos de cocaína, além da quantia de R\$234,00 (duzentos e trinta e quatro reais)" (fl. 12).*

Em primeiro grau, os Réus foram condenados como incurso no art. 33, *caput*, c.c. art. 40, inciso VI, ambos da Lei n.º 11.343/2006, à pena de 4 (quatro) anos, 10

(dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, além do pagamento da multa de 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa, aplicada no mínimo legal, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, a ser cumprida em regime inicial fechado.

Irresignada, a Defesa do Réus interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso (fls. 30-56).

Neste *writ*, sustenta a Defensoria Pública Impetrante, em suma, que os Pacientes fazem jus à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.340/2006, em seu patamar máximo.

Alega, ainda, falta de fundamentação idônea para a fixação do regime prisional mais gravoso.

Requer, liminarmente e no mérito, a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, em seu patamar máximo, com a fixação do regime inicial aberto.

O pedido liminar foi parcialmente deferido às fls. 60-63, para determinar tão-somente, até o julgamento final do presente *writ*, a colocação do Paciente no regime inicial semiaberto.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 76-185, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 187-193, opinando pela denegação da ordem porque:

*"Na espécie, o Tribunal de origem fixou o regime inicial fechado em razão da gravidade concreta do delito, notadamente pela quantidade, natureza e diversidade da droga apreendida – 67g de cocaína, 132,4g de maconha e 1,5g de crack (e-STJ, fls. 53/54)."*

É o relatório. Decido.

O Juízo de primeiro grau consignou que (fls. 23-24):

*"Na análise das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, apura-se que os acusados não ostentam maus antecedentes, assim como as circunstâncias do delito não revelam anormalidade a justificar fixação de pena maior nesta fase, razão pela qual fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento da multa de 500 (quinhentos) dias multa.*

*Em segunda fase de estabelecimento de sanção nada se verifica*

*a alterar a pena-base.*

*Na terceira fase de dosagem das penas, deve ser considerada a circunstância do artigo 40, inciso VI, ante o envolvimento do adolescente Rodrigo na prática do tráfico, aumentando-se a reprimenda em 1/6 (um sexto), o que alcança a pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além da multa de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.*

*Ainda nesta fase, entretanto, deve ser levada em consideração a causa especial de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei de Tóxicos, causa esta que, uma vez verificados seus requisitos, deve ser aplicada, ainda que de ofício.*

*Como consequência, aplico o redutor mínimo de 1/6, passando a pena final ao patamar de 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, além do pagamento da multa de 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa, calculados em seu mínimo legal, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.*

*Ausentes outras causas modificadoras, torno definitiva as reprimendas aplicadas aos réus DOUGLAS e ULISSES.*

*Não há maiores dados a respeito da situação econômica dos acusados e, em razão disso, fixo o dia-multa em seu valor mínimo unitário.*

*O regime inicial de cumprimento de pena deve ser o fechado.*

*Os acusados estão sendo condenado pela prática do crime de tráfico de drogas, delito equiparado ao hediondo e isto porque segundo a correta exegese os delitos de natureza diferenciada, devem receber tratamento diferenciado."*

O Tribunal *a quo*, ao manter a aplicação da minorante no patamar de 1/6 (um sexto), a Corte *a quo* consignou que (fl. 78):

*"[...] considerando que os apelantes foram surpreendidos na posse de '04 (quatro) porções contendo 1,6 gramas de cocaína, 55 (cinquenta e cinco) porções contendo 81 (oitenta e uma) gramas de Tetrahydrocannabidiol THC (Maconha), 28 (vinte e oito) porções contendo 51,4 gramas de Tetrahydrocannabidiol - THC (Maconha), 07 (sete) porções contendo 1,5 gramas de cocaína, na forma de 'crack', e 54 (cinquenta e quatro) porções contendo 65,4 gramas de cocaína' (fls. 79), suficiente para reprovação e prevenção da conduta a fração mínima aplicada em Primeira Instância."*

No caso, afigura-se insuficiente a fundamentação expendida pelas instâncias ordinárias ao aplicar o redutor previsto no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, no patamar de 1/6 (um sexto), diante da quantidade e diversidade da droga apreendida, já que, em casos

análogos apreciados por este Superior Tribunal, a apreensão de pequenas quantidades de entorpecentes – no caso, 67g de cocaína, 132,4g de maconha e 1,5g de crack – justificou a redução da pena à razão de 1/2 (metade), o que também deve ocorrer na hipótese, de modo que, na espécie, não está evidenciada a dedicação dos Pacientes à atividades criminosas.

A propósito, destaco os seguintes julgados:

**"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DO AGENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

[...]

**4. Hipótese em que à míngua de elementos probatórios que denotem ser o paciente habitual na prática delitiva ou integrante de organização criminosa, e considerando a sua primariedade e seus bons antecedentes, a quantidade da droga apreendida (90,42g de maconha e 13,79g de cocaína) não se mostra suficiente para, por si só, impedir a concessão de benefício em comento, cabendo, desse modo, a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração 1/2, atento aos vetores do art. 42 da referida Lei.**

**5. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos de reclusão, o regime semiaberto é o adequado e suficiente para o cumprimento da pena reclusiva, pela aferição negativa de circunstância judicial (natureza de uma das drogas) na primeira fase da dosimetria (art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do CP).**

**6. Não se mostra recomendável o deferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, diante da aferição desfavorável da espécie de uma das substâncias apreendidas (art. 44, III, do CP).**

**7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/2, ficando a pena final em 2 anos e 6 meses de reclusão, mais pagamento de 250 dias-multa, bem como para fixar o regime inicial semiaberto." (HC 439.595/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 12/06/2018; sem grifos no original.)**

**"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. (33,3G DE MASSA LÍQUIDA DE COCAÍNA). MINORANTE DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006 RECONHECIDA NA FRAÇÃO DE 1/2 (METADE). AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.**

*1. É cediço que o legislador penal apenas estabeleceu requisitos para aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, deixando, todavia, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas no dispositivo legal.*

*2. No caso, muito embora a quantidade de 33,3g de massa líquida de cocaína (70,57g de massa bruta) não ter sido considerada expressiva, a ponto de afastar a causa especial de diminuição de pena, também não pode ser considerada ínfima diante de sua natureza.*

*3. O legislador prefixou patamares variáveis (1/6 a 2/3) a serem observados pelo órgão julgador ao diminuir a reprimenda, de modo que a quantidade e a natureza das drogas apreendidas podem, em respeito ao princípio da individualização da pena, serem sopesados no momento da aplicação do referido quantum, sendo adequado, ao caso dos autos, a aplicação da fração de 1/2 (metade).*

*4. O julgamento monocrático da causa, por óbvio, afasta a possibilidade de sustentação oral no julgamento do writ e não representa ofensa ao princípio da colegialidade, em virtude da possibilidade de interposição do agravo regimental, como na espécie.*

*5. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 511.996/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/08/2019, DJe 03/09/2019; sem grifos no original.)*

Assim, passo a redimensionar as penas:

**Na primeira fase:** permanecem as penas-base em 5 (cinco) anos de reclusão, além de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. **Na segunda fase:** Em razão da inexistência de agravantes e atenuantes, as reprimendas continuam no mesmo patamar. **Na terceira fase:** ante o envolvimento de adolescente, incide a causa de aumento do art. 40, inciso VI, fixada em 1/6 (um sexto), junto com a causa de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, que resta aplicada na fração de 1/2 (metade). Desse modo, as penas ficam estabelecidas definitivamente em 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão e 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa.

De outro lado, quanto à fixação do regime inicial de cumprimento da pena, o Tribunal estadual impôs o regime fechado, com base na seguinte fundamentação (fls. 53-54):

*"Relativamente ao regime prisional impositivo à espécie, correta*

*a adoção da modalidade inicial fechada, por duas razões principais: a uma, porque foi determinado de forma precisa e correta, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal e, a duas, porque o delito pelo qual foi o apelante condenado tráfico de drogas, equiparado a hediondo, não se sujeita a regime mais brando, pois, como público e notório, provoca o recrudescimento da violência e da intranquilidade social, além da desagregação da instituição familiar."*

No **tocante ao regime inicial** de cumprimento de pena, pondero, preliminarmente, que o Tribunal Pleno da Corte Suprema, em 27/06/2012, 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.

Tendo em vista a pena-base fixada no mínimo legal, porque consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais, os Pacientes fazem jus ao regime inicial aberto.

A propósito:

**"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. MINORANTE DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI DE TÓXICOS APLICADA. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.**

*1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal e as Súmulas n.os 440/STJ e 718 e 719/STF.*

*2. Fixada a pena-base do Paciente no mínimo legal, dada a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, considerada a sua primariedade e a inexistência de fundamentação concreta para a fixação do regime diverso do legal, não é possível infligir-lhe regime prisional mais gravoso. Pelas mesmas razões e, tendo em vista a aplicação da minorante prevista no parágrafo 4.º do art. 33 da Lei n.º*

11.343/2006, em seu patamar máximo, mostra-se socialmente recomendável a substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, sendo ilegal a negativa da substituição.

3. Ordem de habeas corpus concedida para fixar o regime aberto como regime inicial para o cumprimento de pena e conceder a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, mediante condições que ficam a cargo do Juízo das Execuções Criminais." (HC 464.457/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 03/10/2018; sem grifos no original.)

"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.)

# *Superior Tribunal de Justiça*

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE A ORDEM de *habeas corpus* para redimensionar as penas para 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão e 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa, a ser cumprida no regime aberto, com as condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

Ministra LAURITA VAZ  
Relatora