**HABEAS CORPUS Nº 544.108 - SP (2019/0333227-6)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATOR** | **:** | **MINISTRO NEFI CORDEIRO** |
| IMPETRANTE | : | MARCOS KAUE ROCHA SILVA |
| ADVOGADO | : | MARCOS KAUE ROCHA DA SILVA - SP420668 |
| IMPETRADO | : | TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE | : | MAICON RAFAEL CAETANO (PRESO) |
| INTERES. | : | MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO |

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de MAICON RAFAEL CAETANO, em face de acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO assim ementado (fl. 354):

> Apelação. Tráfico de drogas. Art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06. Art. 307, do CTB. Autoria e materialidade devidamente comprovadas. Pena devidamente aplicada. Impossibilidade de redução na segunda fase ante a atenuante da confissão espontânea devido à inteligência da Súmula 231, do C. STJ. Impossibilidade de aplicação do redutor do art. 33, §4º, da Lei Antidrogas. Quantidade de drogas. Regime inicial fechado de rigor. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não é possível. Recurso não provido.

Consta dos autos que o paciente foi condenado às penas de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa pela prática do delito do art. 33, *caput*, da Lei de Tóxicos, e a 6 meses de detenção, pela prática do crime do art. 307, do CTB, além de suspensão da CNH pelo prazo de 1 ano.

Interposta apelação, o Tribunal local negou-lhe provimento.

Daí o presente *writ*, em que o impetrante sustenta, em síntese, a ausência de fundamentação idônea para afastar-se a incidência da minorante do tráfico privilegiado, bem como para impor o regime mais rigoroso para o início do cumprimento da pena.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para aplicar a minorante do art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006 no seu patamar máximo, fixando-se regime prisional mais brando e substituindo-se a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida (fls. 448-449).

As informações foram prestadas (fls. 455-477).

O Ministério Público Federal ofertou parecer, manifestando-se pela concessão do *habeas corpus* (fls. 479-480).

É o relatório.

DECIDO.



Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 1BFD1F46-B615-461C-B598-DB2E1A1225ED

Alega a defesa que não existe fundamentação concreta para afastar a redução de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 e a imposição de regime prisional mais brando, pugnando pelo reconhecimento da minorante no patamar máximo e a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da pena, substituindo-se a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A sentença condenatória aplicou a dosimetria das penas do paciente nesses termos (274-275):

> **b) Em relação ao artigo 33, da Lei de tóxicos:**
> Partindo-se do mínimo legal de 5 anos de reclusão e de 500 dias-multa, não verifico a presença de circunstâncias subjetivas desfavoráveis que exijam a fixação da pena acima do mínimo. Neste particular verifico que a quantidade de droga apreendida será considerada para fins de afastamento do tráfico privilegiado.
> Na segunda fase, embora presente a atenuante da confissão, de se verificar que a pena já foi fixada no mínimo.
> **Na terceira fase de aplicação de pena, deixo de considerar a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da lei de tóxicos. A referida minorante tem sua razão de ser nos casos de traficante eventual. No caso dos autos, ao acusado foi conferida a manutenção/transporte de 90 porções de maconha- cerca de 115g, quantia esta expressiva e que está a indicar que o acusado não agia sozinho e exclusivamente por conta própria, sem envolvimento direto ou indireto com outras atividades criminosas**.
> Em razão do concurso material de crimes, somo as penas alcançadas.
> **O regime inicial será o** aberto para o artigo 307, do CTB e **fechado para o tráfico. Não se pode simplesmente ignorar a gravidade concreta desta ultima conduta, em face das peculiaridades apontadas na denúncia, especialmente a quantidade da droga (90 porções de maconha), conduta essa que vem provocando incessante desassossego à sociedade, além de ocasionar sérios problemas de saúde pública**.
> O quantum de pena aplicado impede, ainda, a aplicação das benesses dos artigos 44 e 77, ambos do Código Penal. Mesmo porque, o crime de tráfico de drogas é nefasto, causador de grande desassossego social, de modo que é preciso maior reprovabilidade àqueles que enveredam para a prática de tal conduta ilícita, sob pena de se impedir a melhoria da segurança pública.

O Tribunal de origem manteve o decreto condenatório, com base nos seguintes fundamentos (fls. 360-361 e 363):

> No tocante ao crime de drogas, a pena-base foi fixada também no piso legal.
> Na segunda fase, presente a atenuante da confissão espontânea, sem reflexos, contudo, na pena, em razão da inteligência da Súmula 231, do C. Superior Tribunal de Justiça (STJ).
> **Não foi aplicado o redutor do artigo 33, §4º, da Lei Antidrogas, devido à quantidade de drogas apreendida**.
> **Cumpre observar que tal causa de diminuição de pena não foi instituída pelo legislador para atuar com automaticidade, senão com o escopo de**



Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 1BFD1F46-B615-461C-B598-DB2E1A1225ED

> **disponibilizar ao julgador espectro mais amplo de opções no momento de individualizar as penas correspondentes ao delito, considerando especialmente as circunstâncias previstas no art. 42 da Lei Antidrogas, sendo natural que o redutor previsto no § 4º do aludido art. 33 fique reservado a situações de menor ofensividade, como são aquelas em que se verifica que o agente comercializa ou é apreendido com pequena quantidade, atuando de modo pouco marcante na emancipação da toxicomania**.
> [...]
> **É inviável que o regime prisional inicial seja diverso do fechado para o crime de tráfico de drogas, em razão da existência de expressa proibição legal (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90), vedação esta que não se mostra maculada de inconstitucionalidade, considerando que a CF preconizou tratamento mais rigoroso aos crimes hediondos ou a eles equiparados (art. 5º, inciso XLIII).**
> Tal tratamento mais severo corresponde à eficiente medida político-criminal, que visa a harmonizar a legislação pátria aos tratados internacionais, relacionados ao combate à traficância, dos quais o país é signatário.
> Ademais, é certo que a traficância ilícita fomenta a prática de outros delitos, o que faz com que a conduta do réu mereça maior reprovabilidade por parte do Estado. Fica patente, portanto, que o regime fechado é o único que se mostra apto para atingir a função preventiva da pena, de inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do art. 33, § 3º, do CP.
> [...]
> Embora o crime tenha sido praticado sem violência ou grave ameaça, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não é cabível na espécie, uma vez que seria insuficiente à prevenção e repressão do ilícito penal. Ainda, o quantum de pena aplicado ao réu não permite a substituição (art. 44, inciso I, do CP).

Constata-se que, no presente caso, muito embora tenha o acórdão combatido, com o objetivo de afastar a aplicação da benesse, apontado fundamento concreto consubstanciado na quantidade e natureza da droga apreendida, extrai-se dos autos que o total de drogas apreendidas é de 115 gramas de maconha (fl. 32).

Não obstante a natureza danosa da maioria 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



Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 1BFD1F46-B615-461C-B598-DB2E1A1225ED

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**



Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 1BFD1F46-B615-461C-B598-DB2E1A1225ED

> **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).

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, no entanto, o *quantum* da nova pena aplicada, ainda que em concurso material com o delito do art. 307, do CTB, 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 <u>substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos</u>, **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



Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 1BFD1F46-B615-461C-B598-DB2E1A1225ED

> 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)

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para fixar a pena pelo delito de tráfico de entorpecentes 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.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.



**Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019**
**Código de Controle do Documento: 1BFD1F46-B615-461C-B598-DB2E1A1225ED**

Brasília, 04 de dezembro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



**Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019**
**Código de Controle do Documento: 1BFD1F46-B615-461C-B598-DB2E1A1225ED**