



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 535308 - SP (2019/0286268-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ  
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADOS : MARICY REHDER COELHO CAMARA - SP156550  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : MAICON PEREIRA DOS SANTOS  
CORRÉU : MARCOS ANTÔNIO ALEXANDRE  
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

*HABEAS CORPUS*. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. **(64,52 GRAMAS DE COCAÍNA, 13,14 GRAMAS DE CRACK E 31,99 GRAMAS DE MACONHA)**. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDA NÃO JUSTIFICA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006 AFASTADA DE FORMA INIDÔNEA. RECONHECIMENTO NA FRAÇÃO DE 1/2 (METADE). READEQUAÇÃO DA REPRIMENDA, COM A FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

### DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de MAICON PEREIRA DOS SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação n.º 0001550-97.2016.8.26.0542.

O Paciente foi preso em flagrante em 13/09/2016 e denunciado pela suposta prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porque trazia consigo, para fins de entrega a consumo de terceiros, 64,52 gramas de cocaína, 13,14 gramas de crack e 31,99 gramas de maconha (fl. 14).

O magistrado de primeiro grau condenou o Paciente, pela prática do delito previsto no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, substituindo a prisão corporal por duas penas restritivas de direitos.

Irresignado, o Ministério Público e a Defesa interpuseram apelações.

O Tribunal *a quo* desproveu a apelação da Defesa e proveu o recurso do Ministério Público para condenar o Paciente, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas, às penas de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Na ocasião, aquele Sodalício entendeu, ainda, ser descabida a substituição da pena corporal por sanções restritivas de direitos, bem como determinou a imediata expedição do mandado de prisão em desfavor do Paciente.

Neste *writ*, sustenta a Impetrante, em síntese, que o Paciente sofre constrangimento ilegal em virtude da não aplicação do redutor do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006 e da fixação do regime inicial mais gravoso.

Afirma que a quantidade inexpressiva de entorpecentes apreendidos não pode ser

considerada fundamentação idônea para negar a causa de diminuição de pena e para se presumir que o Paciente se dedique a atividades ilícitas ou integre organização criminosa.

Por fim, alega que, sendo cabível a aplicação do redutor de pena, torna-se indevida a aplicação do regime inicial fechado, por violação ao princípio da individualização da pena e aos termos das Súmulas n.º 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

Requer a concessão de liminar para que o Paciente aguarde o julgamento no regime semiaberto e, no mérito, seja aplicado o redutor previsto no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, fixado o regime inicial aberto e substituída a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, nos moldes da sentença.

Deferi o pedido liminar, para que o Paciente aguarde o julgamento do presente *writ* no regime semiaberto, nos termos da decisão de fls. 68-71.

As informações foram prestadas às fls. 78-87 e 98-118.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 91-94, opinando *"pela parcial concessão da ordem, para fixar o regime inicial semiaberto."*

É o relatório.

Decido.

No caso, após acurada leitura das peças que instruem os autos, notadamente da sentença (fls. 19-23) e do acórdão que julgou a apelação criminal (fls. 59-64), verifico a existência de flagrante ilegalidade, apta a ensejar a concessão da ordem de *habeas corpus*.

O acórdão impugnado, no que interessa à presente controvérsia, proclamou o seguinte entendimento ao afastar a minorante, majorar a pena-base e fixar o regime inicial fechado (fl. 62-64):

*"A forma como embaladas, acondicionadas e ocultadas as drogas, as circunstâncias de sua apreensão, além do dinheiro, não justificado, as expressivas quantidades e a diversidade das ilícitas substâncias 64,52 gramas de cocaína em pó, dispersos em noventa e oito unidades, 13,14 gramas de cocaína sob a forma de 'crack', distribuídos em vinte e nove unidades, e 31,99 gramas de 'cannabis sativa', separados em dezenove unidades, a consequente prisão em flagrante do indigitado, somadas aos coerentes depoimentos policiais e a sua situação econômica declinou situação de desemprego não deixam margem a dúvidas da prática habitual da traficância, não se havendo falar em insuficiência de provas.*

*De rigor, pois, a condenação, merecendo, as penas, realinhamento.*

*As peculiaridades do caso estão a demonstrar que de bom alvitre, na fase inicial da dosimetria, a exasperação à conta de 1/6, alçando-se as penas a 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa. As circunstâncias em que perpetrado o delito, que contou com apreensão de drogas em expressivas quantidades, variadas suas naturezas, além de dinheiro, não justificado, alinhadas aos coerentes depoimentos policiais e à ausência de demonstração de ocupação lícita ele declinou situação de desemprego, são sintomáticos da inserção do apelante no submundo da mercancia ilícita, não estando a recomendar a aplicação da benesse da lei especial, sendo clara demonstração de que ele se dedicava a atividade criminosa ou de que atuava em organização criminosa.*

*Não se exige grande esforço mental para se deduzir que pela quantidade de droga que trazia consigo, de expressivo valor econômico, gozava o inculcado, da confiança de seu fornecedor, o que não se adquire em pouco espaço de tempo.*

*Imperioso, pois, ora se afaste a aplicação da benesse da lei especial.*

*Ausentes circunstâncias modificadoras, quedam inalteradas, as penas, em 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, no menor valor unitário.*

*Apropriado se adeque o regime prisional, ora se fixando o mais gravoso deles, haja vista a gravidade concreta do delito perpetrado, notória a nocividade das drogas apreendidas, com alto poder viciante, restando patentes sua capacidade de disseminação e a arregimentação de clientes aos borbotões.*

*Precedente do C. Superior Tribunal de Justiça: HC257327/ES, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 06/06/2013, DJe 21/06/2013. Não se desconhece a alta capacidade de drogas como a cocaína em pó e sob a forma de 'crack' de provocar dependência, conduzindo os que optam por enveredar por essa seara a caminhos muitas vezes sem volta, em total descompasso com os valores*

*apregoados pela Sociedade; não fosse pelo 'quantum' da pena a final aplicada e tal argumento seria suficiente a inviabilizar a aplicação do que dispõe o artigo 44 do Código Penal.*

*O tráfico de drogas no caso sob juízo habitual é verdadeiro fomentador de crimes das mais variadas estirpes, no mais praticados sob o manto da violência, não se coadunando com a natureza das penas alternativas ou mesmo com regimes prisionais menos severos que o fechado,insuficientes para a hipótese e socialmente não recomendáveis.*

*As razões supra expendidas são suficientes a que ora se cancele a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.*

*Por derradeiro, o juízo da execução da pena é o indicado para discussões acerca de eventual hipossuficiência do réu, impeditiva do pagamento das custas processuais.*

*Diante do exposto,nega-se provimento ao apelo de MAICON PEREIRA DOS SANTOS e se dá provimento ao recurso do Ministério Público para, majorada a pena-base e afastada a aplicação da benesse da lei especial, alçar as penas do réu a 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, no piso legal, impondo o regime prisional fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, cancelada a sua substituição por restritivas de direitos."*

Observa-se que a quantidade de droga apreendida – "64,52gramas de cocaína em pó, dispersos em noventa e oito unidades, 13,14 gramas de cocaína sob a forma de 'crack', distribuídos em vinte e nove unidades, e 31,99gramas de 'cannabis sativa', separados em dezenove unidades" (fl. 62) – não pode ser considerada por demais relevante a ponto de fixar a pena-base acima do mínimo legal, pois não demonstra, por si só, maior reprovabilidade da conduta delituosa prevista no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006.

Nesse sentido:

"[...]

**1. A circunstância judicial relativa à quantidade de drogas, prevista no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, foi sopesada negativamente em razão da apreensão de 42,4g (quarenta e dois gramas e quatro centigramas) de 'maconha', bem como 6,7g (seis gramas e sete centigramas) de 'cocaína'. Não obstante a variedade das drogas, as quantidades apreendidas não demonstram reprovabilidade suficiente para exasperar a pena-base, por não extrapolar o tipo penal. Precedentes.**

[...]

**3. Concedida a ordem de habeas corpus a fim de, reformando o acórdão recorrido, readequar a pena do Paciente ao patamar de 7 (sete) anos, 10 (dez) meses e 8 (oito) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 793 (setecentos e noventa e três) dias-multa, na fração mínima de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo para cada dia-multa." (HC 473.289/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 11/03/2019, sem grifos no original.)**

"[...]

**2. O art. 42 da Lei de Drogas autoriza a fixação da pena-base acima do mínimo legal com fundamento no volume de estupefaciente apreendido, contudo, a pequena quantidade de droga não constitui fundamento idôneo a justificar o incremento da sanção inicial. Precedente.**

**3. Destaca-se que a redução operada da sanção inicial não constitui revolvimento de matéria fático-probatória, mas apenas reavaliação jurídica dos fatos delineados no acórdão.**

**4. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 442.276/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 04/09/2018, sem grifos no original.)**

"[...]

**1. Este Superior Tribunal de justiça firmou entendimento no sentido de que o art. 42 da Lei de Drogas permite o aumento da pena-base com fundamento**

*na quantidade e natureza do entorpecente apreendido, de forma que esses dois quesitos devem ser interpretados em conjunto. Assim, a apreensão de pequena quantidade de cocaína, não obstante seja considerada uma das mais nocivas, não justifica, por si só, o aumento da reprimenda na primeira fase da dosimetria.*

[...]

3. *Agravo regimental parcialmente provido para reduzir a reprimenda dos recorrentes a 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, mais 680 dias-multa.*" (AgInt no HC 403.668/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 14/11/2017; sem grifos no original.)

Do mesmo modo, a natureza e a quantidade de drogas apreendidas não são suficientes para justificar o afastamento da aplicação da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006 como fez a Corte estadual.

No caso, o acórdão combatido carece de fundamentação idônea para afastar a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, tendo em vista que a quantidade de drogas apreendidas, **apesar de não ser ínfima, também não pode ser considerada exacerbada**. Referida motivação, portanto, não se presta a negar a aplicação da minorante, sendo legítima tão somente para influenciar no *quantum* de diminuição a ser aplicado na hipótese.

Com efeito, 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)**.

A título ilustrativo:

*"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06). APLICAÇÃO NA FRAÇÃO DE 1/2. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. [...].*

[...]

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).*

*In casu, o Tribunal a quo fixou o patamar da redução em 1/2 com base em elementos concretos extraídos dos autos, evidenciados pela quantidade e natureza lesiva das drogas apreendidas - 56 porções de maconha pesando 112,3g e 38 porções de cocaína pesando 16,6g -, tudo a indicar uma maior reprovabilidade da conduta do paciente.*

[...]

7. *Habeas corpus não conhecido.*" (HC 488.758/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/04/2019, DJe 11/04/2019; sem grifos no original.)

*"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA CONCEDIDA NA FRAÇÃO DE 1/2. PROPORCIONALIDADE DIANTE DA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (136,810G DE MACONHA E, APROXIMADAMENTE, 19,590G DE CRACK). AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*

1. *Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em habeas corpus apenas em hipóteses excepcionais, quando*

*ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório. Ademais, de acordo com o aludido art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. Precedentes.*

*2. No caso em apreço, foi concedida a minorante na fração de 1/2 com a readequação da pena para 2 anos e 11 meses de reclusão e pagamento de 291 dias-multa, em relação ao delito de tráfico, totalizando 3 anos e 5 meses de reclusão, além do pagamento de 301 dias-multa, em razão do concurso formal com o crime previsto no art. 163, III, do Código Penal.*

*3. Diante do novo quantum da sanção definitiva, fixada a pena-base no mínimo legal, por serem favoráveis ao agravado as circunstâncias judiciais, e concedido o redutor, ainda que em fração inferior ao máximo, foi abrandado o regime prisional para o aberto e substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.*

*4. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 529.610/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2020, DJe 27/02/2020; sem grifos no original.)*

**"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. [...] CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DO RÉU EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DAS DROGAS. APLICABILIDADE DO ÍNDICE EM MENOR EXTENSÃO. [...] WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

[...]

**3. Hipótese em que, afastada a agravante de reincidência e à míngua de elementos probatórios que denotem a habitualidade do paciente na prática delitiva ou ser ele integrante de organização criminosa, *impõe-se a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/2, em razão da quantidade, da natureza e da variedade das drogas (67,23g de cocaína e 40,08g de maconha).***

[...]

**6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar a agravante de reincidência e fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/2, redimensionando a pena do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão mais 250 dias-multa, bem como para estabelecer o regime semiaberto." (HC 528.804/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2019, DJe 12/11/2019; sem grifos no original.)**

Passo, assim, a readequar a pena do Paciente.

Na primeira fase da dosimetria, fixo a pena-base no mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda fase, ausentes agravantes, a atenuante da menoridade não pode conduzir a pena abaixo do mínimo legal, nos termos da Súmula n.º 213/STJ.

Na terceira etapa, aplico a causa de diminuição do § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas na fração de 1/2 (metade), razão pela qual a pena privativa de liberdade do Paciente fica quantificada definitivamente em **2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão** e a pecuniária em **250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor mínimo legal.**

No que diz respeito ao regime de cumprimento de pena, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 111.840/ES, 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.º 440/STJ e 718 e 719/STF.

Dessa forma, o regime prisional que deve ser fixado inicialmente é o aberto, pois "*fixada a pena em seu mínimo legal, inferior a 4 (quatro) anos, não sendo caso de reincidência, e não havendo circunstância judicial desfavorável, tal como reconheceu o acórdão impugnado, não há falar em adoção do regime inicial semiaberto, se o próprio paradigma legal permite a adoção do regime inicial aberto (art. 33, § 2º, c e § 3º c/c art. 59, CP)*" (STF, HC 83.613/SP, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, DJ 30/04/2004).

Outrossim, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, a Corte Suprema reconheceu, incidentalmente, a parcial inconstitucionalidade do § 4.º do art. 33 e do art. 44, *caput*, ambos da Lei n.º 11.343/2006, o que tornou possível a concessão da substituição das penas aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos objetivo e subjetivo exigidos pelo art. 44 do Código Penal.

Desse modo, diante da primariedade do Réu e da ausência de circunstâncias judiciais negativas, tanto que a sua pena-base foi fixada no patamar mínimo legal, é possível a fixação do regime inicial aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

A propósito, confira-se:

*"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME MAIS BRANDO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*

*1. Uma vez que o réu foi condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, teve a pena-base fixada no mínimo legal, era tecnicamente primário ao tempo do delito e possuidor de bons antecedentes, foi apreendido com quantidade de drogas não tão elevada e foi agraciado com a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, mostra-se devida a imposição do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.*

*2. Agravo regimental não provido."* (AgRg no HC 479.019/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/08/2019, DJe 29/08/2019, sem grifos no original).

Ante o exposto, **CONCEDO PARCIALMENTE A ORDEM de habeas corpus** para reformar o acórdão impugnado e reduzir as sanções do Paciente para **2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão**, mais **250 (duzentos e cinquenta) dias-multa**, modificar o regime inicial de cumprimento de pena para o aberto, e deferir a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, nos termos a serem fixados pelo Juízo das Execuções Penais.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 20 de março de 2020.

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora