

HABEAS CORPUS Nº 565.391 - SP (2020/0058668-7)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CAROLINA LEITE LOPEZ DE LEON - SP231363
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANILO DOS SANTOS CARDOSO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de DANILO DOS SANTOS CARDOSO, em face de acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO assim ementado (fl. 42):

Apelação. Crime de tráfico de drogas. Condenação do réu como incurso no artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/2006. Recurso da defesa. 1. Quadro probatório suficiente para evidenciar a responsabilidade penal do réu. 2. Incidência da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, par. 4º, da Lei nº 11.343/06. Deveras, inexistente um quadro sólido a arredar a aplicação do benefício. Para tanto, seria curial que restasse demonstrada uma das hipóteses elencadas no citado dispositivo legal, vale dizer, que o agente (a) não seja primário e de bons antecedentes, (b) dedique-se às atividades criminosas, ou (c) integre organização criminosa. E o ônus da prova da existência de uma dessas situações é do Ministério Público, mercê do princípio constitucional da presunção de inocência, inscrito no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 3. Sanção que comporta redução, com manutenção do regime inicial fechado para a pena privativa de liberdade, não substituída por penas restritivas de direito. Recurso parcialmente provido.

O paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa, por ofensa ao art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

Interposta apelação, o Tribunal local deu-lhe parcial provimento para diminuir a reprimenda a 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 416 dias-multa.

Daí o presente *writ*, em que a impetrante sustenta, em síntese, que a Corte *a quo* teria fundamentado seu acórdão com base única e exclusivamente na gravidade abstrata do delito, salientando os bons antecedentes do paciente.

Requer a impetrante, liminarmente e no mérito, a aplicação da redutora do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em sua fração máxima, bem como a imposição de regime inicial de cumprimento de pena em aberto ou, subsidiariamente, em semiaberto, com a conversão da pena corporal por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida (fls. 53-54).

As informações foram prestadas (fls. 59-71).

O Ministério Público Federal ofertou parecer, manifestando-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* (fls. 75-83).

É o relatório.

DECIDO.

Alega a defesa a inexistência de fundamentação idônea para não se aplicar a minorante do tráfico privilegiado máximo e para a imposição do regime inicial intermediário, pugnando pelo reconhecimento da incidência da redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, na fração de 2/3, a fixação de regime prisional mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo defensivo, reconhecendo o tráfico privilegiado na conduta do paciente, mas reduzindo as penas apenas na fração de 1/6, com base nos seguintes fundamentos (fls. 49-50):

5. A sanção comporta redução.

A pena-base foi fixada no mínimo legal, em 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.

Na segunda fase, a sanção manteve-se no mesmo patamar, a despeito da confissão, pois a pena não pode ser reduzida aquém do mínimo legal nesta fase (Súmula nº 231 do STJ).

Na terceira fase, aplicada a regra prevista no artigo 33, par. 4º, da Lei nº 11.343/06, tendo em conta a quantidade, diversidade e natureza das drogas, reduz-se a reprimenda em 1/6, chegando-se a uma reprimenda final de 4 anos e 2 meses de reclusão e pagamento de 416 dias-multa.

Por sua vez, não se desconhece que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, mercê de sua condição de intérprete maior e defensor da higidez da Constituição Federal, proclamou a inconstitucionalidade do artigo 44, da Lei nº 11.343/06, nas partes em que se vedava a concessão de liberdade provisória (HC nº 104.339, rel.

Min. Gilmar Mendes) e a conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos (HC nº 97.256, rel. Min. Ayres Britto), bem como do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072, que impunha o regime inicial fechado (HC nº 111.840, rel. Min. Dias Toffoli).

Mas, no caso vertente, **a quantidade, a diversidade e natureza das drogas constituem circunstâncias concretas a desnudar um acentuado grau de culpabilidade da conduta, a impor o regime inicial fechado para a pena privativa de liberdade, sem o que não haveria suficiente reprovação e prevenção do delito.** Mesmas razões que obstam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, benefício sequer compatível com a quantidade da pena (artigo 44, I e III, do Código Penal). Outro tanto se diga quanto ao sursis (artigo 77, II, do Código Penal),.

Constata-se que, no presente caso, muito embora tenha o acórdão combatido, com o objetivo de afastar a aplicação da benesse no seu patamar máximo, apontado fundamento concreto consubstanciado na quantidade e natureza da droga apreendida, extrai-se dos autos que o total de drogas apreendidas é de 52,1 gramas de maconha, 9,6 gramas de *crack* e 9,1 gramas de cocaína (fl. 13).

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 da minorante do tráfico no seu patamar máximo de 2/3 (dois terços), o agravamento do regime prisional ou a negativa à substituição das penas. A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. REEXAME DE FATOS. VIA INADEQUADA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REDUÇÃO EM 1/2. QUANTIDADE DE DROGA NÃO EXPRESSIVA. RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas.

4. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

5. Hipótese em que, embora o Tribunal a quo tenha se valido da natureza e da quantidade de droga para fixar o patamar de redução em 1/2, **à míngua de elementos probatórios que indiquem a habitualidade delitiva do paciente e considerando sua primariedade e seus bons antecedentes, impõe-se a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no máximo legal, sobretudo quando não expressiva a quantidade de**

entorpecente apreendido - 18g de maconha, 1,6g de crack e 0,6g de cocaína. Precedentes.

6. Estabelecida a reprimenda final em 1 ano e 8 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime inicial aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.

7. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão mais 166 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a serem definidas pelo Juízo Execução. (HC 434.970/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2018, DJe 11/04/2018).

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, chegando a 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, que à falta de outras causas modificativas, torno definitiva.

O Tribunal Estadual fixou o regime mais rigoroso, na espécie, por entender que *a quantidade, a diversidade e natureza das drogas constituem circunstâncias concretas a desnudar um acentuado grau de culpabilidade da conduta, a impor o regime inicial fechado para a pena privativa de liberdade, sem o que não haveria suficiente reprovação e prevenção do delito.*

De acordo com os fundamentos já lançados anteriormente, a quantidade não relevante de entorpecentes e a ausência de motivação concretamente aferível, não autoriza, também, o recrudescimento do regime prisional, principalmente em se tratando de réu primário, cujas circunstâncias judiciais foram valoradas favoravelmente. A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. REEXAME DE FATOS. VIA INADEQUADA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REDUÇÃO EM 1/2. QUANTIDADE DE DROGA NÃO EXPRESSIVA. RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM

CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas.

4. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

5. Hipótese em que, embora o Tribunal a quo tenha se valido da natureza e da quantidade de droga para fixar o patamar de redução em 1/2, **à minguia de elementos probatórios que indiquem a habitualidade delitiva do paciente e considerando sua primariedade e seus bons antecedentes, impõe-se a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no máximo legal, sobretudo quando não expressiva a quantidade de entorpecente apreendido - 18g de maconha, 1,6g de crack e 0,6g de cocaína. Precedentes.**

6. Estabelecida a reprimenda final em 1 ano e 8 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime inicial aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.

7. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão mais 166 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a serem definidas pelo Juízo Execução. (HC 434.970/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2018, DJe 11/04/2018).

Considerando, pois, o *quantum* da nova pena aplicada, 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 conferem 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 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 fixar a pena em 1 ano e 8 meses de reclusão e 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.

Brasília, 02 de abril de 2020.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator