

HABEAS CORPUS 233.981 ESPÍRITO SANTO

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
PACTE.(S) : LEANDRO MATHIAS LINO
IMPTE.(S) : GABRIELA DALLA TORRE TREVIZAN
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça no AgRg no HC 850.103/PR, assim ementado (eDOC 11, p. 488-489).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO CABIMENTO. ATOS INFRACIONAIS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME E SUBSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas. Isso porque a razão de ser dessa causa especial de diminuição de pena é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante.

2. No caso, as instâncias de origem – dentro do seu livre convencimento motivado – apontaram elementos concretos dos autos a evidenciar que as circunstâncias em que perpetrado o delito em questão não se compatibilizariam com a posição de um pequeno traficante ou de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a atividades criminosas, notadamente ao tráfico de drogas.

3. Em sessão ocorrida no dia 8/9/2021, a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento dos EREsp n. 1.916.596/SP (Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Rel. p/ acórdão Ministra Laurita Vaz), pacificou o entendimento de que, embora adolescentes não cometam crime nem recebam

HC 233981 / ES

pena, não há óbice a que o registro de ato(s) infracional(is) possa ser utilizado como elemento caracterizador de dedicação do agente a atividades criminosas e, por conseguinte, como fundamento idôneo para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

4. Prevaleceu, no âmbito da Terceira Seção, para fins de consolidação jurisprudencial, entendimento intermediário no sentido de que o histórico infracional pode ser considerado para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por meio de fundamentação idônea que aponte a existência de circunstâncias excepcionais, nas quais se verifique a gravidade de atos pretéritos, devidamente documentados nos autos, bem como a razoável proximidade temporal de tais atos com o crime em apuração.

5. Tendo em vista que, no caso: a) os atos infracionais praticados pelo ora paciente, enquanto ainda adolescente, foram graves (tráfico de drogas entre outros delitos); b) os registros infracionais estavam devidamente documentados nos autos principais (de sorte a não pairar dúvidas sobre o reconhecimento judicial de suas ocorrências); c) foi pequena a distância temporal entre os atos infracionais e o crime objeto deste habeas corpus (o qual foi perpetrado quando o réu tinha 18 anos de idade), não há como se lhe reconhecer a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por estar evidente, no caso, a ausência de preenchimento do requisito de "não se dedicar a atividades criminosas".

6. Agravo regimental não provido.

Narra a impetrante, em suma, que: a) o paciente foi condenado pela prática de dois crimes de tráfico de drogas, à pena de 6 (seis) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto; b) o redutor referente ao tráfico privilegiado foi afastado com base na existência de

HC 233981 / ES

atos infracionais pretéritos e de uma ação penal em curso; c) o paciente é primário, sem maus antecedentes, não se dedica a atividades criminosas e foi ínfima a quantidade de droga apreendida.

Em razão do exposto, pugna-se pela aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em seu grau máximo, bem como pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

É o relatório. **Decido.**

1. Cabimento do *habeas corpus*:

A Corte compreende que, ordinariamente, o *habeas corpus* não se presta a rescindir provimento condenatório acobertado pelo manto da coisa julgada, daí a impossibilidade de figurar como sucedâneo de revisão criminal. Acerca do tema:

“O Supremo Tribunal Federal não admite a utilização do *habeas corpus* em substituição à ação de revisão criminal.” (HC 128.693 AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 04.08.2015, *grifei*)

“O *habeas corpus* não pode ser utilizado como sucedâneo de revisão criminal.” (HC 123.430, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 14.10.2014, *grifei*)

“(…) *habeas corpus* não pode ser utilizado, em regra, como sucedâneo de revisão criminal, a menos que haja manifesta ilegalidade ou abuso no ato praticado pelo tribunal superior.” (HC 86367, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 30.09.2008, *grifei*)

No caso concreto, por contrariar frontalmente a jurisprudência do

HC 233981 / ES

Supremo Tribunal Federal, o *habeas corpus* não merece conhecimento, na medida em que funciona como sucedâneo de revisão criminal.

2. Análise da possibilidade de concessão da ordem de ofício no caso concreto:

Devido ao caráter excepcional da superação da jurisprudência da Corte, a concessão da ordem de ofício configura providência a ser tomada tão somente em casos absolutamente aberrantes e teratológicos, em que a ilegalidade deve ser cognoscível de plano, sem a necessidade de produção de quaisquer provas ou colheita de informações, **o que se verifica no presente caso.**

3. Com efeito, no que diz respeito à incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, a apontada ilegalidade pode ser aferida de pronto.

No caso dos autos, a apontada ilegalidade **pode** ser aferida de pronto.

3.1. Quanto à dosimetria da pena, a jurisprudência desta Corte é consolidada no sentido de que “*o juízo revisional da dosimetria da pena fica circunscrito à motivação (formalmente idônea) de mérito e à congruência lógico-jurídica entre os motivos declarados e a conclusão*” (HC 69.419/MS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ de 28.08.1992).

Não bastasse, merece ponderação o fato de que “*é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória*” (HC 97.256, Rel. Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 01.09.2010).

Diante desse limite cognitivo, a revisão da dosimetria não permite

HC 233981 / ES

incursão no quadro fático-probatório, tampouco a reconstrução da discricionariedade constitucionalmente atribuída às instâncias ordinárias. Quando o assunto consiste em aplicação da pena, a atividade do Supremo Tribunal Federal, em verdade, circunscreve-se “ao controle da legalidade dos critérios utilizados, com a correção de eventuais arbitrariedades” (HC 128.446, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 15.09.2015).

3.2. No caso concreto, observo que o juízo sentenciante realizou a dosimetria da pena do paciente nos seguintes termos (eDOC 3, p. 9-13):

“[...]”

Sobre a aplicação da redução inculpada no §4º, do artigo 33 da Lei 11.343/06, postulada pela defesa, é necessário que o acusado seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. No caso, o réu não faz jus a benesse, porque manifestamente é pessoa dedicada à prática de crimes apesar de primário.

Conforme seq. 8.1, foi responsabilizado por ato infracional equiparado a furto qualificado nos autos 0006781-34.2018.8.16.0148; equiparado ao tráfico de drogas nos autos 0007244-73.2018.8.16.0148, 0011525-38.2019.8.16.0148 0005579-85.2019.8.16.0148, 0006385-23.2019.8.16.0148 e 0003551-47.2019.8.16.0148; adulteração de sinal identificador de veículo nos autos 0004784- 79.2019.8.16.0148; receptação nos autos 0010794-42.2019.8.16.0148; entre outros, atos pelos quais cumpriu as mais restritivas medidas socioeducativas previstas no ECA, cf. extrai-se dos autos de execução de medida socioeducativa, a saber, advertência, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida e internação. A internação foi aplicada pelo menos três vezes, medidas insuficientes para evitar recidivas.

Tais circunstâncias revelam, nitidamente, que o denunciado se dedica à prática de delitos, não satisfazendo,

HC 233981 / ES

portanto, os requisitos para a incidência da causa de diminuição de pena. A respeito da valoração negativa dos antecedentes infracionais para afastar a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado no seguinte sentido:

[...]

Enfim, os crimes estão configurados, a respectiva autoria é certa e nada há que exclua a ilicitude do ato ou que isente o réu da pena correspondente.

Diante do exposto JULGO PROCEDENTES as denúncias oferecidas nos autos em epígrafe para o fim de CONDENAR o réu LEANDRO MATHIAS LINO como incurso nas sanções do artigo 33, caput, e 33, caput c.c. 40, VI da Lei 11.343/06, na forma do artigo 71 do Código Penal, passando à dosagem da pena.

A culpabilidade é natural à espécie e resulta da vontade livre e consciente de trazer consigo drogas ilícitas para fins de traficância, com plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. A conduta é censurável, pois é de se exigir conduta diversa, na medida em que nada justifica a opção pela criminalidade, uma vez que se trata de indivíduo jovem (18 anos), sadio, apto para o trabalho, com pleno potencial de se inserir socialmente desenvolvendo atividade lícita.

Conforme resulta das informações contida no sistema “Oráculo” na seq. 7.1, trata-se de sujeito primário e de bons antecedentes.

Quanto a sua personalidade, que deve ser entendida como síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo, nada de desabonador foi verificado. O fato de contar com antecedentes infracionais já foi valorado para afastar o tráfico privilegiado, não podendo novamente incidir nesta fase, sob pena de incorrer em *bis in idem*.

No que concerne à conduta social, que diz respeito ao seu modo de agir em família, no trabalho e em sociedade, não foi

HC 233981 / ES

noticiado algo desfavorável.

Os motivos são inerentes ao crime, consistentes em ganho fácil.

As circunstâncias são naturais à espécie, embora o Ministério Público genericamente afirme que são graves, não há nenhum indício que revele elevada gravidade da conduta.

As consequências são as próprias do crime, que é de perigo abstrato, dispensando a prova do risco efetivo, que é absolutamente presumido por lei, sabidamente de alto grau de dano para a saúde pública.

Não há vítima determinada, ficando prejudicada a avaliação do respectivo comportamento.

A quantidade e a natureza da droga, consideradas à luz do disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, no caso em tela, não impõem o recrudesimento da pena, sobretudo diante da pequena quantidade de droga.

Portanto, tendo em mente as diretrizes dos arts. 59 do Código Penal e 42 da Lei 11.343/06, favoráveis ao réu, fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja:

Para o crime de tráfico de drogas (Fato 1), em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, sobre a qual incide a circunstância atenuante da menoridade (art. 65, I do CP), cujo cálculo fica prejudicado em razão do teor da Súmula 231 do STJ, que impede a condução da pena aquém do mínimo legal.

Não concorre circunstância agravante, tampouco militam causas de aumento e diminuição de pena, sobretudo aquela prevista no §4º do artigo 33 da Lei de Drogas, conforme exposto no corpo da sentença.

Para o crime de tráfico de drogas circunstanciado pelo envolvimento de adolescente (Fato 2), em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, sobre a qual incide a circunstância atenuante da menoridade (art. 65, I do CP), cujo cálculo fica prejudicado em razão da Súmula 231 do STJ, que impede a condução da pena aquém do mínimo legal. Não concorre circunstância agravante.

Em seguida, incide a causa de aumento prevista no artigo

HC 233981 / ES

40, VI, da Lei 11.343/06, ensejando o aumento na proporção de 1/6, e, como consequência, lança-se em definitivo para o crime a pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, e 583 dias-multa.

Não milita causa de diminuição de pena, em especial a prevista no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas, porque dedicado à prática de crimes.

Finalmente, levando em conta que o réu, mediante mais de uma ação, praticou dois crimes da mesma espécie, idênticos, nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira da execução, consoante fundamentação constante da sentença, aplica-se a pena de um só dos crimes (maior pena – Fato 2 – 5 anos e 10 meses), porém, aumentada em 1/6, de modo que **lança-se em definitivo para o réu Leandro Mathias Lino a pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, e 680 dias-multa.**

[...]

Tendo em conta a pena superior a quatro anos, deverá o sentenciado iniciar o respectivo cumprimento no **regime semiaberto**, conforme artigo 33, 2º, b do CP. Deixo de operar a detração penal, porque a medida seria ineficaz, uma vez que insuficiente para alterar o regime ora estabelecido.

Deixo de conceder o *sursis* (art. 77 do CP) e a substituição prevista no artigo 44 do Código Penal, porque cuida-se de pena superior a quatro anos.

Tendo em conta que foi estabelecido o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, inviável se apresenta a manutenção da prisão preventiva, porque há manifesta incompatibilidade entre a medida cautelar e o referido regime.”

O Tribunal de origem, em *habeas corpus* substitutivo de revisão criminal, negou o pleito defensivo ao ressaltar que as passagens anteriores por ato infracional demonstram uma dedicação a atividades criminosas. Confira-se (eDOC 10, p. 136-137):

“[...]

HC 233981 / ES

Assim, bem observado na r. decisão monocrática que, ante a existência de 8 (oito) atos infracionais pretéritos, 5 (cinco) deles por conduta análoga ao tráfico, e também considerando-se o tempo decorrido desde o seu cometimento - pois bem observado que o ora agravante, ao tempo do fato, contava com 18 anos de idade – resta configurada dedicação a atividades criminosas, nos termos da jurisprudência pátria, não havendo que se falar em concessão da ordem, de ofício, posto que não evidenciada flagrante ilegalidade na r. sentença combatida.

[...]

Diante disto, não se verifica circunstância que possa resultar em reversão da decisão monocrática ora combatida, por se encontrar de conformidade com os preceitos legais que regem a matéria, bem como com a jurisprudência Pátria.”

Na mesma linha, o STJ (eDOC 8, p. 3-5):

“[...]

No caso, as instâncias ordinárias – dentro do seu livre convencimento motivado – apontaram elementos concretos dos autos a evidenciar que as circunstâncias em que perpetrado o delito em questão não se compatibilizariam com a posição de um pequeno traficante ou de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a atividades criminosas.

[...]

Uma vez mais, faço lembrar que, em sessão ocorrida no dia 8/9/2021, a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento dos EREsp n. 1.916.596/SP (Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Rel. p/ acórdão Ministra Laurita Vaz), pacificou o entendimento de que, embora adolescentes não cometam crime nem recebam pena, não há óbice a que o registro de ato(s) infracional(is) possa ser utilizado como elemento caracterizador de dedicação do agente a atividades

HC 233981 / ES

criminosas e, por conseguinte, como fundamento idôneo para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

Prevaleceu, no âmbito da Terceira Seção, para fins de consolidação jurisprudencial, entendimento intermediário no sentido de que o histórico infracional pode ser considerado para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por meio de fundamentação idônea que aponte a existência de circunstâncias excepcionais, nas quais se verifique a gravidade de atos pretéritos, devidamente documentados nos autos, bem como a razoável proximidade temporal de tais atos com o crime em apuração.

Assim, tendo em vista que, no caso: a) os atos infracionais praticados pelo ora paciente, enquanto ainda adolescente, foram graves (tráfico de drogas entre outros delitos); b) os registros infracionais estavam devidamente documentados nos autos principais (de sorte a não pairar dúvidas sobre o reconhecimento judicial de suas ocorrências); c) foi pequena a distância temporal entre os atos infracionais e o crime objeto deste habeas corpus (o qual foi perpetrado quando o réu tinha 18 anos de idade), entendo que não há como se lhe reconhecer a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por estar evidente, no caso, a ausência de preenchimento do requisito de "não se dedicar a atividades criminosas".

Diante de tais considerações, não identifico o apontado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima o paciente nesse ponto e, por isso, mantenho inalterada a reprimenda a ele imposta."

3.3. Importa destacar que o art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, estabelece quatro requisitos essenciais ao reconhecimento do redutor, sendo eles: a)

HC 233981 / ES

a primariedade; b) a ausência de maus antecedentes; c) a não dedicação do acusado a atividades criminosas; d) o não pertencimento a organização criminosa.

O referido dispositivo legal estabelece os requisitos necessários para a aplicação da minorante, contudo, deixa de estabelecer os parâmetros para a definição do que seja a *dedicação às atividades criminosas*.

No caso, observo que as instâncias ordinárias concluíram que o ora paciente se dedicava a atividades criminosas considerando as passagens anteriores pela Vara da Infância e da Juventude.

Todavia, a jurisprudência desta Suprema Corte é firme no sentido de que *“para legitimar a não aplicação do redutor é essencial fundamentação corroborada em elementos capazes de afastar um dos requisitos legais, sob pena de desrespeito ao princípio da individualização da pena e de fundamentação das decisões judiciais.”* (HC 178.018, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 27.11.2019).

Nessa toada, a Colenda Segunda Turma do STF entende que a menção a atos infracionais pretéritos praticados pelo agente não configura fundamentação idônea a afastar a minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Nesse sentido, cito acórdão de minha relatoria:

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ATOS INFRACIONAIS PRETÉRITOS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO APTA A NEGAR O REDUTOR DO AR. 33, §4º, DA LEI 11.343/2006. REGIME INICIAL FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. MANUTENÇÃO DO DECISIUM. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento

HC 233981 / ES

monocrático conduz à manutenção da decisão agravada. 2. A causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 é aplicada desde que o agente seja primário, possua bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. 3. **Na linha dos precedentes desta Colenda Turma, a menção a atos infracionais praticados pelo agente não consiste fundamentação idônea para afastar a minorante em exame. Esse entendimento está em consonância com sistema de proteção integral assegurado a crianças e adolescentes por nosso ordenamento jurídico.** 4. A teor das Súmulas 718 e 719/STF, figura-se inadmissível a fixação do regime inicial fechado com base em considerações abstratas acerca da gravidade do delito imputado. 5. Agravo regimental desprovido.” (HC 202.574/SP, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, DJe 26.9.2021, *grifei*)

No mesmo sentido, as seguintes decisões monocráticas: HC 192.026/SP, Relator Rosa Weber, DJe 01.12.2020; HC 198.417/DF, Relatora Cármen Lúcia, DJe 09.03.2021; HC 198.732, Relatora Rosa Weber, DJe 15.03.2021.

Esse entendimento está em consonância com sistema de proteção integral assegurado a crianças e adolescentes por nosso ordenamento jurídico (art. 227 da Constituição Federal; Estatuto da Criança e do Adolescente e Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança), que atribui corresponsabilidade à família, à sociedade e ao poder público na promoção e defesa de seus direitos fundamentais.

Com efeito, o adolescente é sujeito de direito, destinatário de absoluta prioridade, cuja condição peculiar de pessoa em desenvolvimento deve ser respeitada. Sob essa ótica, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que as medidas aplicadas ao menor

HC 233981 / ES

infrator são socioeducativas e objetivam a sua própria proteção.

Ademais, não podemos olvidar que a Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) identifica a *“utilização, recrutamento e oferta de criança para atividades ilícitas, particularmente para a produção e tráfico de entorpecentes conforme definidos nos tratados internacionais pertinentes”* como uma das piores formas de trabalho infantil, junto ao abuso sexual e à escravidão.

Sem dúvida, crianças e adolescentes envolvidos na atividade de tráfico de drogas são, em verdade, vítimas da criminalidade e da ineficiência do Estado, da família e da sociedade em protegê-los e assegurar-lhes os seus direitos fundamentais. O fato de se tornarem adultos que persistem na conduta ilícita torna evidente a incapacidade de atuação desses atores e a vulnerabilidade desses jovens à época em que eram inimputáveis.

Desse modo, repiso que a prática de atos infracionais pretéritos não deve repercutir na dosimetria da reprimenda do agente, sob pena de subverter o sistema de proteção integral ao estigmatizar o adolescente como criminoso habitual, desrespeitando sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e sujeito de direito.

Assim, constatada a motivação inidônea para afastar a causa de diminuição da pena, concludo que a deficiência na fundamentação da dosimetria da reprimenda configura situação de flagrante ilegalidade, especialmente porque o paciente é primário, possui bons antecedentes e, à míngua de outros elementos probatórios, não há comprovação de que integre organização criminosa ou se dedique à traficância habitualmente.

Dito isso, não visualizo qualquer argumento ou fundamento hábil a negar a incidência da minorante em favor do paciente, a **qual deve ser**

HC 233981 / ES

aplicada, em seu maior grau, sobretudo considerando que já se operou o trânsito em julgado para acusação.

4. Assim, **partindo das balizas estabelecidas na sentença condenatória, passo à alteração da dosimetria.**

Na primeira fase, as penas-base foram fixadas no mínimo legal, ou seja, em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Na fase seguinte, permaneceram inalteradas, tendo em vista que a circunstância atenuante da menoridade ficou prejudicada em razão do teor da Súmula 231 do STJ.

Na terceira fase, a pena relativa ao fato 2 sofreu um acréscimo de 1/6 (um sexto), ante a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei 11.343/2006, resultando em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Porém, conforme anteriormente consignado, não há motivação idônea apta a afastar o redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, que deve ser aplicado no patamar máximo (dois terços), levando as penas para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa pelo fato 1 e 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, pelo fato 2.

Dessa forma, considerando que o Juízo de primeiro grau, levando em conta que o réu, mediante mais de uma ação, praticou dois crimes da mesma espécie, idênticos, nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira da execução, nos termos da fundamentação constante da sentença, aplicou a pena de um só dos crimes (a maior, referente ao fato 2), aumentada de 1/6 (um sexto), tem-se a pena final em **2 (dois) anos, 3 (três) meses e 6 (seis) dias de reclusão e 226 (duzentos e vinte e seis) dias-multa.**

HC 233981 / ES

À luz das modificações realizadas na dosimetria, o regime prisional imposto ao paciente deve ser o aberto, pois as circunstâncias do caso concreto, a meu ver, não recomendam regime mais gravoso (art. 33, § 2º, “c” e art. 33, § 3º, ambos do CP).

Finalmente, presentes os requisitos legais para tanto, deve também a pena privativa de liberdade ser substituída pela restritiva de direitos.

5. Posto isso, com fulcro no art. 192 do RISTF, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, a fim de: a) aplicar o redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, no percentual máximo de 2/3 (dois terços), e, conseqüentemente, tornar definitiva a pena privativa de liberdade em 2 (dois) anos, 3 (três) meses e 6 (seis) dias de reclusão e o pagamento de 226 (duzentos e vinte e seis) dias-multa; b) estabelecer o regime aberto, nos termos dos arts. 33, § 2º, “c” e 33, § 3º, do CP; c) determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser definida pelo Juízo da Execução nos moldes do art. 44, § 2º, do CP.

Comunique-se, com urgência e pelo meio mais expedito, ao Juiz da causa, a quem incumbirá a cientificação ao Juiz da Execução Penal.

Oficie-se ao TJPR e ao STJ com o inteiro teor desta decisão, para ciência.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 20 de outubro de 2023.

Ministro EDSON FACHIN

Relator

HC 233981 / ES

Documento assinado digitalmente