

**HABEAS CORPUS Nº 485.315 - SP (2018/0340187-4)**

**RELATOR** : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
JULIANA DO VAL RIBEIRO - SP291690  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : STIVEN MARQUES (PRESO)

**EMENTA**

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. 12 PORÇÕES DE COCAÍNA, PESANDO 5,1 G, 3 PORÇÕES DE "CRACK", PESANDO 0,6 G, E 14 PORÇÕES DE MACONHA, PESANDO 40,3 G. PLEITO DA DEFESA PARA APLICAÇÃO DO PRIVILÉGIO NA FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3. POSSIBILIDADE. PRIMARIEDADE E AUSÊNCIA DE MAUS ANTECEDENTES. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME ABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. Ordem de *habeas corpus* concedida nos termos do dispositivo.

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, impetrado em benefício de **Stiven Marques**, em que se aponta como autoridade coatora a Décima Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo.

No Processo n. 0011621-48.2017.8.26.0050, o paciente foi condenado pelo Juízo de Direito da 32ª Vara Criminal do Foro Central de Barra Funda, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 anos de reclusão, em regime fechado, e 500 dias-multa, por ter sido apreendido em seu poder, juntamente com outro acusado, 12 porções de cocaína, pesando 5,1 g, 3 porções de "crack", pesando 0,6 g, e 14 porções de maconha, pesando 40,3 g (fls. 19/28).

Em sede de apelação, a defesa pediu o reexame da dosimetria, por entender excessiva a pena aplicada. A Décima Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo deu parcial provimento ao recurso, para reduzir a pena para 4 anos e 2 meses de reclusão e 416 dias-multa (fls. 47/56).

Esta, a ementa do julgado (fl. 48):

APELAÇÃO CRIMINAL TRÁFICO DE ENTORPECENTES -  
PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS  
IMPOSSIBILIDADE

- Inviável a absolvição se as circunstâncias que envolvem os fatos e a quantidade de drogas evidenciam a prática do tráfico de entorpecentes. Não se pode negar valor aos depoimentos de policiais quando os mesmos são essencialmente harmônicos e não se vislumbra nenhuma razão para incriminarem injustamente o réu - Recurso parcialmente provido, para reduzir as penas.

No presente *writ*, a defesa alega que o paciente faz jus ao tráfico privilegiado, em sua fração máxima. Requer, também, o abrandamento do regime prisional, bem como a substituição da pena por restritiva de direitos.

Decisão deste Relator indeferindo a liminar (fls. 61/62).

Parecer ministerial opinando pelo não conhecimento do *habeas corpus*, porém, de ofício, pelo abrandamento do regime para o semiaberto.

É o relatório.

No caso, a instância ordinária reconheceu a incidência da causa especial de diminuição da pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no percentual de 1/6. Confirma-se a fundamentação a respeito (fls. 53/54 – grifo nosso):

Já na terceira fase, entendendo presentes os requisitos legais, ou seja, sendo o réu **tecnicamente primário e sem maus antecedentes**, além de inexistirem evidências de que esteja envolvido em atividades criminosas ou com organização criminosa, mas **levando em conta a quantidade e a variedade das drogas apreendidas, reduzo a pena no patamar de 1/6**, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, tornando-a definitiva em 04 anos e 02 meses de reclusão e pagamento de 416 dias-multa, no valor mínimo legal.

A propósito: 'O art. 42 da Lei n. 11.343/06 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base, quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos' (STJ, 5ª T., HC 225.575/ES, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Dje. de 05-06-12)."

A fração referente ao privilégio do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos não foi aplicada em seu grau máximo, em razão da natureza e variedade da droga (12 porções de cocaína, pesando 5,1 g, 3 porções de "crack", pesando 0,6 g, e 14 porções de maconha, pesando 40,3 g). Constou no acórdão hostilizado que a droga apreendida tinha como destino a venda para terceiros (fl. 52 – grifo nosso):

[...] as circunstâncias em que se deu a prisão (a apreensão dos entorpecentes em poder do corréu e de dinheiro em poder do acusado, em via pública, somada à confissão informal dos mesmos no sentido de que realmente estavam traficando no local) evidenciam que, efetivamente, **os entorpecentes apreendidos se destinavam à entrega para consumo de terceiros**, caracterizando o delito do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Entendo que razão assiste à defesa. O paciente é primário, não possui antecedentes, a pena-base foi fixada no piso mínimo de 5 anos de reclusão, bem como não foi comprovada a dedicação à atividade criminosa ou à organização criminosa. O fato de estar caracterizado o delito do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, ou seja, **que a droga se destinava à venda**, não é o suficiente para justificar a aplicação do privilégio em fração aquém da máxima permitida. O próprio tipo penal do delito previsto no art. 33 da Lei Antidrogas já quer dizer que não se trata de consumo próprio. De fato, *consoante o 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.* (AgRg no AgRg no AREsp n. 1.205.580/SP, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 14/12/18)

Além disso, apesar de ser considerada a quantidade de drogas (12 porções de cocaína, pesando **5,1 g**, 3 porções de "crack", pesando **0,6 g**, e 14 porções de maconha, pesando **40,3 g**), não se trata de um volume que impeça a fração máxima de 2/3, uma vez que o paciente é primário, não tem antecedentes e não houve comprovação de dedicação à atividade criminosa. Nesse sentido:

[...]

4. Caso em que a instância antecedente não indicou qualquer dado concreto e lógico decorrente do flagrante **que comprovaria a habitualidade delitiva do paciente**, e considerando-se 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 (2/3). Precedentes.

[...]

(HC n. 466.828/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 12/12/18 – grifo nosso)

Assim, considerando-se a pena-base de 5 anos de reclusão, bem como ausentes atenuantes e agravantes na segunda fase da dosimetria, a pena definitiva do paciente deverá ser redimensionada para o total de 1 ano e 8 meses de reclusão, fazendo-se a aplicação da causa de diminuição da pena na fração de 2/3.

No tocante ao regime prisional, o Tribunal *a quo* adotou a seguinte fundamentação (fl. 54):

O regime inicial para o cumprimento da pena não pode ser outro, que não o fechado, estabelecido na sentença, pois a fixação de regime diverso (aberto ou semiaberto), não se mostra satisfatória à repressão do grave delito praticado, não apenas em razão da natureza do crime, que gera graves prejuízos sociais, merecendo, por isso mesmo, tratamento mais severo, mas, notadamente, por não se tratar o réu de pequeno e eventual traficante, tendo em vista a variedade e a quantidade de drogas apreendidas, somada à quantia em dinheiro, produto de venda de diversas outras porções, ficando demonstrada, portanto, a necessidade da fixação do regime fechado.

Esta motivação está baseada na gravidade abstrata do delito, e a quantidade de drogas, na hipótese, não é o suficiente para agravar o regime. Considerando-se os elementos concretos do presente caso, a primariedade, a pena-base fixada no mínimo e reconhecida a causa de diminuição da pena, deverá ser abrandado o regime para o aberto (Súmula 440/STJ).

Ante o exposto, **concedo a ordem de habeas corpus**, para redimensionar a pena definitiva do paciente **Stiven Marques** para o total de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, mantidos os demais termos do acórdão hostilizado.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 13 de fevereiro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior  
Relator

