

**HABEAS CORPUS Nº 527.899 - SP (2019/0245095-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
CARLOS HIDEKI NAKAGOMI - SP329880  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : DANIEL FERREIRA MARQUES (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de DANIEL FERREIRA MARQUES, em face de acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, assim relatado (fls. 83/84):

1. Insurge-se o réu Daniel Ferreira Marques contra a r. sentença prolatada pela MMa. Juíza de Direito, Dra. CAROLINE QUADROS DA SILVEIRA PEREIRA, cujo relatório ora se adota, que o condenou como incurso no artigo 33, caput, c.c. o artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/06, às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Postula a Defensoria Pública, em suas razões, a aplicação do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, o arredamento da causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso III, do referido diploma legal, o abrandamento do regime prisional, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e a isenção das custas processuais.

Oferecidas as contrarrazões, sobreveio r. parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça, de lavra do Dr. WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA, pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, como incurso no art. 33, *caput*, c.c. art. 40, III, ambos da Lei 11.343/06, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa.

Interposto recurso de apelação pela defesa, o Tribunal de origem deu-lhe parcial provimento para, tão somente, deferir o benefício da Justiça gratuita, mantida, no mais, a sentença.

Daí o presente *writ*, em que a impetrante sustenta, em síntese, a ausência de fundamentação idônea para afastar a incidência, *in casu*, do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, bem como para fixação de regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso que o legalmente previsto.

Requer, liminarmente, a concessão da ordem para que o paciente aguarda em regime semiaberto o julgamento deste *writ*. No mérito, seja

# Superior Tribunal de Justiça

aplicada a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 e fixado o regime semiaberto, ou aberto, caso aplicado o redutor.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, o Ministério Público manifestou-se pela concessão do *habeas corpus*.

É o relatório.

DECIDO.

Relativamente à causa de diminuição da pena pelo tráfico privilegiado, a sentença está assim fundamentada (fls. 49 e 51/52):

[...] Outrossim, imposta a condenação, de rigor salientar que o réu não faz jus à concessão da benesse prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06, **considerando-se as circunstâncias da prática delitiva. Com efeito, não há elementos nos autos que permitam concluir que o réu não exerça trabalho lícito. O local em que foi capturado fica nas imediações de estabelecimento de ensino. O lugar da apreensão é ponto de venda de drogas, conforme alegado pelos policiais, sendo objeto de denúncias quanto à ocorrência de tráfico. Entre as drogas encontradas em poder do acusado, encontrava-se "crack", droga de alto poder nocivo à saúde pública. Havia quantidade e variedade de drogas. Por conseguinte, do conjunto destes elementos conclui-se que o acusado se dedica a atividades criminosas.** Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

[...]

Passo à fixação da pena.

Da análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, combinadas com o art. 42 da Lei 11.343/06, apura-se que a culpabilidade é própria do tipo. O acusado não possui maus antecedentes. Não existem elementos para se aferir a conduta social e a personalidade. As circunstâncias são desfavoráveis, haja vista a natureza da drogas apreendida, fora encontrada cocaína, cuidando-se de droga de elevado potencial nocivo à saúde pública, bem como a quantidade de drogas - 98 (noventa e oito) porções com peso líquido total de 26,81g de cocaína em forma de crack, e 24 (vinte e quatro) porções com peso líquido de 58,39 g de maconha. As conseqüências do delito não revelam anormalidade. Assim, fixo a pena-base em 05 anos, 07 meses e 15 dias de reclusão e ao pagamento de 562 dias-multa.

Na segunda fase, não ha agravantes, encontram-se presentes as circunstancias atenuantes da menoridade e da confissão. Assim, em observância à Súmula 231 do STJ, fixo a pena provisoriamente em 05 anos de reclusão e ao pagamento de 500 dias-multa.

Na terceira fase, está presente a causa de aumento do art. 40, inciso III da Lei 11.343/06. Não há causa de diminuição de pena, visto que conforme explanado na fundamentação, considerando-se que o réu se dedica a atividades criminosas, não se mostra aplicável o disposto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Por conseguinte, aumento a pena anteriormente fixada em 1/6. Diante disso, fixo a pena em 05 anos e 10 meses de reclusão e ao pagamento de 583 dias-multa, no valor unitário mínimo.

# Superior Tribunal de Justiça

Cada dia-multa será calculado no mínimo legal de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, devidamente atualizado até a data do pagamento, tendo em vista a ausência de elementos sobre a situação econômico-financeira do réu.

Em razão da necessidade de aplicação de regime adequado e suficiente a evitar comportamentos análogos, visando ainda a ressocialização do acusado, fixo o regime fechado para início do cumprimento da pena privativa de liberdade. Nesse sentido: [...]

Por sua vez, extrai-se do acórdão a seguinte fundamentação (fls. 86/88):

[...].Passo à análise da reprimenda.

Na primeira fase, bem justificada pela Magistrada - nos moldes do artigo 42 da Lei nº 11.343/06 - a exasperação da pena-base em 1/6 acima do mínimo legal, tendo em vista a natureza altamente perniciosa da cocaína na forma de crack, resultando em 5 anos e 10 meses de reclusão, e 583 dias-multa.

Na segunda fase, por conta das atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, a sanção retornou ao mínimo legal, abaixo do qual não poderia ser estabelecida, nos termos da Súmula no. 231 do E. Superior Tribunal de Justiça.

Na derradeira etapa, em virtude de uma majorante - do artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06 adequado o aumento mínimo de 1/6, perfazendo a sanção final 5 anos e 10 meses de reclusão, e 583 dias-multa.

**Ressalte-se que o acusado não faz jus ao redutor previsto no artigo 33 § 4º, da Lei nº 11.343/06, dada a expressiva quantidade do entorpecente apreendido - 98 porções de cocaína em forma de crack, com peso líquido total de 26,81 gramas, e 24 porções de maconha, com peso líquido de 58,39 gramas mas igualmente o fato de o réu não ter comprovado o exercício de qualquer atividade lícita durante a instrução, apontam para sua intensa dedicação às atividades criminosas, revelando que vinha fazendo do tráfico de entorpecentes seu meio de subsistência.**

Não é o apelante, à toda evidência, o traficante principiante, a quem se destina o apenamento mais brando. [...]

Finalmente, o regime fechado, fixado para o início de cumprimento da pena, é o único possível em face das graves circunstâncias do fato, já enfatizadas - **notadamente a dedicação à atividade criminosa e o tráfico de droga altamente perniciosa (crack), praticado nas proximidades de estabelecimento de ensino** - determinam a opção pelo regime mais gravoso.

Como se vê, afastou-se a aplicação do benefício em virtude da quantidade das drogas apreendidas, mas também porque *não há elementos nos autos que permitam concluir que o réu não exerça trabalho lícito. O local em que foi capturado fica nas imediações de estabelecimento de ensino. O lugar*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*da apreensão é ponto de venda de drogas, conforme alegado pelos policiais, sendo objeto de denúncias quanto à ocorrência de tráfico, concluindo o Tribunal a quo que o agente dedica-se à atividade criminosa.*

Contudo, a fundamentação não se mostra idônea, pois o fato de o réu estar em conhecido ponto de venda de drogas ou na proximidade de estabelecimento de ensino, por si só, não permite presumir dedicação do agente à atividade criminosa.

Ademais, verifica-se que a quantidade dos estupefacientes apreendidos, qual seja, 26,81 gramas de cocaína e 58,39 gramas de maconha, não se mostra expressiva e, portanto, não constitui fundamento idôneo para afastar a aplicação da fração redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

Entende esta Corte Superior que a não relevante quantidade de drogas 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.), como na espécie, 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 CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

[...]

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 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, redimensiona-se a pena para, mantida a pena-base em 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, volta ao mínimo na segunda etapa da dosimetria, em razão da menoridade relativa e confissão espontânea, e aplica-se a causa de diminuição pelo tráfico privilegiado no patamar de 2/3, tornando-se definitiva a pena de **1 ano e 8 meses de reclusão, mais 166 dias-multa.**

Quanto ao regime prisional, observada a pena-base no mínimo legal e o

# *Superior Tribunal de Justiça*

*quantum* de pena aplicado, nos estritos termos do art. 33, § 2º, *c*, *c/c* o art. 44, I, ambos do Código Penal, cabível a fixação do regime aberto com a substituição da pena reclusiva por penas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para tornar definitiva a pena do paciente em 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções, por decisão fundamentada.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 1º de outubro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO  
Relator

