

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 535.148 - SP (2019/0285333-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUCAS PAMPANA BASOLI - SP263943
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANIEL LUZ SEVERINO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **DANIEL LUZ SEVERINO**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Costa dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 anos e 11 meses de reclusão, em regime aberto, mais o pagamento de 291 dias-multa, como incurso no art. 33, § 4º, c.c o 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, sendo substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Em sede recursal, o Tribunal de origem acolheu o apelo ministerial para afastar o redutor do tráfico privilegiado e a permuta legal, redimensionando a sanção para 5 anos e 10 meses de reclusão, a ser cumprida em regime fechado.

Neste *habeas corpus*, alega o impetrante que a quantidade e a natureza do entorpecente, bem como o fato do paciente não ter comprovado ocupação lícita não constituem elementos idôneos para afastar o redutor do tráfico privilegiado.

Sustenta, ainda, que o regime mais gravoso foi estabelecido com amparo na gravidade abstrata e na hediondez do delito, em contrariedade às Súmulas 440 do STJ, 718 e 719 do STF.

Requer, assim, aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, a fixação do regime mais brando e a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Liminar deferida para estabelecer o modo prisional intermediário (e-STJ, fls. 66-67).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 75-80).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem para reconhecer a minorante e estabelecer o regime semiaberto (e-STJ, fls. 104-113).

É o relatório.

Decido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem, de ofício.

A Corte de origem, ao dar provimento ao apelo ministerial, afastou a

Superior Tribunal de Justiça

incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas pelos motivos a seguir expostos:

"Ainda nesta fase, a pena foi reduzida em 1/2 (metade) em virtude o reconhecimento do 'privilégio' do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. No entanto, tal como apontou o Parquet, o reconhecimento do 'privilégio' foi equivocado, já que a quantidade de droga apreendida não pode ser tida como irrisória a ponto de justificar a benesse.

Ademais, o envolvimento do adolescente indica que não se tratava de fato isolado na vida do acusado (Robson afirmou que o procurou após se informar com os moleques de que ele teria drogas para comercializar), não bastando à sua concessão a primariedade do acusado.

Dito de outra forma, as circunstâncias que envolveram a prisão em flagrante sugerem que o acusado estava traficando já há algum tempo no local. Outro ponto a ser destacado é o fato de que se declarou desempregado (fls. 37), portanto não teria dinheiro para adquirir as drogas, algo que também indica seu envolvimento com a criminalidade organizada.

Também deve ser consignado que a conduta perpetrada pelo acusado não condiz com a figura do 'pequeno traficante' ou que seja hipótese de 'tráfico privilegiado', porquanto é notório que visava - e certamente poderia - abastecer vários usuários. Além disso, é sabido que traficantes do 'varejo' mantêm consigo pequena quantidade de droga.

Por conseguinte, afastada causa de diminuição de pena do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, a pena fica mantida em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais multa de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, unidade no piso" (e-STJ, fl. 38).

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.

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 com o narcotráfico (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1º/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

In casu, observa-se que a instância antecedente não trouxe dado concreto algum que demonstre a habitualidade delitiva do paciente no narcotráfico, na medida em que considerou apenas a participação de menor na empreitada criminosa, a quantidade de entorpecentes apreendidos, bem como a ausência de comprovação de ocupação lícita.

Ao contrário do afirmado, a jurisprudência desta Corte já se manifestou que a mera condição de desempregado, por si só, não constitui elemento idôneo para se concluir pela habitualidade delitiva do condenado, a fim de fundamentar o afastamento do redutor pelo tráfico privilegiado (HC 413.610/SP, Minha Relatoria, QUINTA TURMA, julgado em

Superior Tribunal de Justiça

3/10/2017, DJe 11/10/2017; HC 336.143/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 9/8/2016, DJe 16/8/2016).

Do mesmo modo, vale anotar que a quantidade de droga apreendida (39,5g de maconha e 1,35g de *crack*), por si só, é insuficiente para afastar a aplicação da minorante, posto que não significativa.

Desse modo, à míngua de elementos probatórios que indiquem a dedicação do acusado à atividade criminoso, e certificada sua primariedade e seus bons antecedentes, impõe-se a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo.

Confiram-se os seguintes precedentes que respaldam esse entendimento:

"REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA. POSSIBILIDADE.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação da reprimenda, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, e, especialmente, a natureza e a quantidade de droga, a teor do disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. Ainda que o *crack* tenha um alto poder de lesividade, a inexpressiva quantidade de tóxicos apreendidos, aliados à favorabilidade das outras circunstâncias judiciais, recomenda a aplicação da causa de diminuição em seu grau máximo, ou seja, 2/3 (dois terços).

3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp 1044533/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/4/2017, DJe 5/5/2017);

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. AFASTAMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. As instâncias de origem não lograram fundamentar de maneira idônea o afastamento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porquanto não declinaram elementos concretos dos autos aptos a demonstrar a efetiva dedicação do paciente às atividades criminosas ou a sua participação em organização criminosa. Imperiosa, pois, a aplicação da minorante no *quantum* de 2/3, redimensionando-se a pena para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 193 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. 11.343/2006 em patamar máximo, sendo a reprimenda final inferior a 4 anos de reclusão, é

Superior Tribunal de Justiça

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 a fim de reduzir a pena do paciente para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 193 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 395.574/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 3/8/2017, DJe 14/8/2017).

Passo ao redimensionamento da pena.

A pena-base parte de 5 anos e 10 meses de reclusão mais 583 dias-multa, em razão da aferição desfavorável da natureza do entorpecente. Na segunda etapa, retorna ao mínimo legal, diante do reconhecimento da atenuante de menoridade relativa (65, I, do CP). Na última etapa, elevo-a em 1/6, pela causa de aumento do art. 40, VI, da Lei de Drogas, e, por conseguinte, diminuo-a em 2/3, uma vez que preenchidos os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. A pena resta definitiva em **1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão mais 194 dias-multa**.

O regime prisional também merece alteração.

Como é cediço, o modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, será estabelecido pelo magistrado, de forma motivada e atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, sendo que, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, deve ser observado o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual a natureza e a quantidade de substância entorpecente serão consideradas preponderantes, assim como a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal.

No caso, embora não se desconheça que a valoração desfavorável de uma circunstância judicial (a natureza da droga), a princípio, recomendaria a manutenção do modo semiaberto, **a excepcionalidade do caso em apreço** - especificamente dada a quantidade de droga apreendida e a aferição negativa de apenas uma vertente do art. 59 do CP - autoriza a definição do regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva, conforme os seguintes precedentes desta Corte: HC 403.207/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 20/09/2017; AgRg no REsp 1.604.434/RN, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 01/08/2017 e HC 254.506/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/11/2012, DJe 27/11/2012.

Por fim, pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente, circunstâncias judiciais favoráveis e quantidade não significativa de droga apreendida), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser definida pelo Juízo de primeiro grau (AgRg no REsp 1.622.395/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 05/12/2016).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, 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 sanção final do paciente para **1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão mais 194 dias-multa**, a ser cumprida em regime aberto,

Superior Tribunal de Justiça

determino, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser estabelecida pelo Juízo da execução.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2019.

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator

