

**HABEAS CORPUS Nº 536.373 - SP (2019/0292333-3)**

**RELATOR** : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
DANIEL MOBLEY GRILLO - RJ134850  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : LUCAS HENRIQUE DE SOUSA (PRESO)  
**PACIENTE** : JOSE DANTAS LOPES DE LIMA (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de LUCAS HENRIQUE DE SOUSA e JOSÉ DANTAS LOPES DE LIMA no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que os pacientes foram denunciados pela suposta prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista que foram surpreendidos na posse **de 41 (quarenta e um) invólucros plásticos contendo maconha, com peso de 145,5g (cento e quarenta e cinco gramas e cinco decigramas), e 8 (oito) porções individuais de cocaína, pesando 3,4g (três gramas e quatro decigramas)** – e-STJ fls. 18/20.

O Juízo de primeiro grau, no entanto, absolveu os pacientes com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal (e-STJ fls. 30/32).

Interposta apelação pelo Ministério Público estadual, os desembargadores da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça deram provimento ao recurso (e-STJ fls. 58/65).

Recebeu o acórdão esta ementa (e-STJ fl. 59):

APELAÇÃO. Tráfico de drogas. Sentença absolutória. Ministério Público requer a condenação dos acusados, nos termos da inicial acusatória, pelo crime de tráfico de drogas e a não aplicação do redutor previsto no parágrafo quarto do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006. Cabimento. Materialidade e autoria comprovadas. Os réus foram flagrados comercializando droga e com 08 (oito) porções de cocaína e 41 (quarenta e um) invólucros plásticos de maconha.

Depoimentos policiais coerentes e coesos, os quais tem o condão de embasar o decreto condenatório - Pena fixada no mínimo legal - Não aplicação do redutor do §4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06 - Substituição por restritivas de direitos - Descabimento - Regime fechado adequado e compatível com a gravidade do crime - RECURSO PROVIDO.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ fls. 68/73).

Neste *writ*, a Defensoria Pública aponta constrangimento ilegal decorrente do cálculo dosimétrico e do regime prisional mais gravoso imposto aos acusados.

Sustenta que, apesar de preenchidos os requisitos exigidos pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a minorante foi afastada com fundamento na quantidade de drogas apreendidas, sem a efetiva demonstração de que os réus dedicavam-se a atividades criminosas.

Ressalta, também, ausência de fundamentação idônea para a imposição dos regimes fechados para início de cumprimento das reprimendas e invoca as Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e 440 desta Corte.

Dessa forma, requer, liminarmente e no mérito, a aplicação do redutor, o abrandamento dos regimes prisionais, a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos e a aplicação da detração (e-STJ fls. 3/17).

O pedido liminar foi deferido, em menor extensão, a fim de que os pacientes pudessem aguardar em liberdade o julgamento deste *habeas corpus* (e-STJ fls. 82/86).

Prestadas as informações (e-STJ fls. 93/137 e 139/159), os autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal, que se manifestou pelo não conhecimento da ordem (e-STJ fls. 163/167).

É, em síntese, o relatório.

Objetiva a defesa, primeiramente, a aplicação da minorante sob o argumento de estarem preenchidos os requisitos para a sua concessão.

Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de

questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

De acordo com o aludido 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 às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Na hipótese, o Tribunal local, ao prover a insurgência ministerial, realizou o cálculo dosimétrico nos termos abaixo transcritos (e-STJ fls. 63/64):

Quanto à dosimetria das penas, verifico, **na primeira fase, que ambos os réus são primários, de modo que fixo a pena-base no mínimo legal de cinco anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo.** Na segunda fase, reconheço a atenuante da menoridade relativa dos réus, mas deixo de reduzir a pena, tendo em vista que ela não pode ser fixada aquém do mínimo legal, nos termos da Súmula n. 231 do Col. Superior Tribunal de Justiça. Na terceira fase, não há causas de aumento ou de diminuição de pena, de modo que a pena definitiva fica estabelecida para um dos réus em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo.

**Deixo de aplicar o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, pois os réus guardavam 08 (oito) porções de cocaína, com peso líquido de 3,4g (três gramas e quatro decigramas), e 41 (quarenta e um) invólucros plásticos de maconha, com peso líquido de 145,5g (cento e quarenta e cinco gramas e cinco decigramas), considerável quantidade de drogas, de espécies diferentes, em local conhecido como ponto de venda de drogas, o evidencia que se dedicam a atividades criminosas e fazem do tráfico o seu meio de vida. (Grifei.)**

Verifica-se, da transcrição acima, que o Tribunal local não apresentou elementos concretos capazes de justificar o afastamento do pretendido redutor, tendo levado em consideração, apenas, a quantidade e a diversidade dos entorpecentes apreendidos, não sendo demonstrada a prática de atividade criminosa pelos pacientes à míngua de outros indicadores, razão pela qual entendo que cabe a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração máxima, ante a ausência de fundamentação para o seu

afastamento.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ART. 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/2006. APREENSÃO DE QUANTIDADE NÃO EXACERBADA DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4.º, DO ART. 33, DA LEI N.º 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REQUISITOS PREENCHIDOS. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA MINORANTE NA FRAÇÃO DE 2/3 (DOIS TERÇOS). FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

**1. Fixada a pena-base no mínimo legal e apreendida quantidade não exacerbada de drogas (48,7g de maconha e 8,1g de cocaína), legítima é a aplicação da minorante (art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006), uma vez que a fundamentação utilizada pelas instâncias ordinárias para afastar a sua incidência é abstrata e genérica. Viável o estabelecimento da fração máxima - quantidade não elevada dos entorpecentes apreendidos.**

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

3. Situação concreta em que, formulada nova dosimetria, a pena final é de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, mostra-se adequado o regime aberto, diante da ausência de circunstâncias judiciais negativas e da quantidade não excessiva das drogas apreendidas.

4. Ordem de habeas corpus concedida para reduzir a pena do Paciente para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, além do pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias multa no mínimo legal (HC 470.600/SP, relatora Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 10/04/2019, grifei).

Passo, então, à readequação das penas nos parâmetros de origem.

LUCAS HENRIQUE DE SOUSA e JOSÉ DANTAS LOPES DE

LIMA:

Na primeira fase, mantenho as penas-base em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Na fase intermediária, as sanções permanecem inalteradas.

Na fase derradeira, aplico a fração de 2/3, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o que, à falta de causas de aumento, perfaz as penas definitivas de **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.**

Sob tal perspectiva, diante dos parâmetros acima aludidos, dada a quantidade de penas aplicadas (1 ano e 8 meses de reclusão), cabe aos pacientes o regime inicialmente aberto para cumprimento das reprimendas, bem como a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

Ante o exposto, **concedo a ordem de *habeas corpus* a fim de reconhecer a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima de 2/3 e, assim, reduzir as reprimenda dos pacientes para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão mais 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, abrandar o regime prisional para o aberto e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, que deverão ser estipuladas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de dezembro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO  
Relator