

HABEAS CORPUS Nº 539.990 - SP (2019/0310868-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ISABELA VELOSO MONREAL - SP279117
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE JOAO DO NASCIMENTO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de JOSE JOAO DO NASCIMENTO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0049543-89.2018.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 166 dias-multa, com substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, incidente a minorante constante do § 4º do mesmo artigo (e-STJ, fls. 33/42).

Ambas as partes interpuseram recurso de apelação, tendo sido parcialmente provido apenas o apelo ministerial, para majorar as penas para 5 anos e 10 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e 583 dias-multa, com afastamento das penas alternativas, pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes nas imediações de estabelecimento de ensino (art. 33, *caput*, c/c o art. 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/06) (e-STJ, fls. 105/120). Segue a ementa do acórdão:

EMENTA: Tráfico ilícito de entorpecentes (Lei nº 11.343/06). Crime caracterizado, integralmente. Acusado flagrado comercializando drogas. Palavras coerentes e incriminatórias de Policiais Civis. Versão exculpatória inverossímil. Conduta praticada nas imediações de estabelecimento de ensino. Majorante caracterizada. Responsabilização inevitável. Necessidade condenatória imperiosa. Apenamento. Necessidade de correção. Redutor do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, que deve ser afastado. Regime inicial fechado único possível.

Superior Tribunal de Justiça

Inviabilidade de substituição da corporal por penas alternativas. Desnecessidade de manifestação quanto ao efeito prequestionador. Apelo ministerial parcialmente provido, improvido o da defesa, expedindo-se mandado de prisão, esgotados os recursos cabíveis nesta C. Corte.

No presente *mandamus* (e-STJ, fls. 3/17), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente ao afastar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, embora os requisitos legais para a incidência do benefício estejam presentes. No ponto, assevera que a quantidade dos entorpecentes apreendidos, além de não ser critério idôneo para obstar a aplicação da minorante, no caso é ínfima.

Afirma, outrossim, que o regime prisional mais gravoso foi estabelecido sem fundamentação idônea, e que o paciente, com 58 anos na data dos fatos, possui diversas enfermidades, razão pela qual faz jus a regime prisional mais brando.

Em consequência do pleiteado redimensionamento da pena, defende ser cabível o regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a concessão da ordem para que a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 seja aplicada em seu patamar máximo, redimensionando-se a pena do paciente, além do estabelecimento de regime prisional mais brando e da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi parcialmente deferido (e-STJ fls. 123/127) para assegurar ao paciente o direito de aguardar, no regime semiaberto, o julgamento do presente *habeas corpus*.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 137/141, opinou pelo não conhecimento, mas se conhecido, pela concessão da ordem de ofício, nos termos da seguinte ementa:

Habeas corpus impetrado como sucedâneo recursal. Impossibilidade. Viabilidade, todavia, de concessão de ofício da ordem. Tráfico de drogas. Condenação à pena de um ano e oito meses de reclusão, substituída a corporal por penas alternativas. Apelo ministerial provido, para fixar a pena em cinco anos e dez meses de reclusão em regime inicial fechado. Paciente que portava 37g de maconha e 9g de cocaína. Acórdão recorrido que se amparou unicamente na gravidade abstrata e na hediondez do delito de tráfico de drogas, embora imposta, na sentença condenatória, a pena no mínimo legal e reconhecida a minorante do § 4º do artigo 33 da lei nº 11.343/2006. Flagrante ilegalidade. Parecer pelo não conhecimento do writ e, caso ultrapassada a preliminar, pela concessão de ofício da ordem.

É o relatório. **Decido.**

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

A defesa se insurge contra a não aplicação da redutora do tráfico privilegiado, a fixação do regime inicial fechado e a ausência de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

No caso, a Corte local afastou a aplicação da redutora do tráfico privilegiado com apoio na seguinte fundamentação (e-STJ fl. 115):

[...]

E “data venia” do posicionamento adotado pela origem, não há como se aplicar ao acusado a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

Isto porque, nada obstante tenha a atual legislação antidrogas (Lei nº 11.343, 23.ago.2006) criado aparente situação mais favorável aos traficantes primários (art. 33, § 4º), não é o caso de aqui considerá-la mais benéfica e em favor do réu (“lex mitior”), porque meramente facultativa a situação (“...as penas poderão ser reduzidas...” g.do a.), o que desabilita sua aplicabilidade para o caso concreto, mais aqui, evidentemente, face às circunstâncias de sua prisão José foi surpreendido em

região conhecida como ponto de tráfico, com considerável quantidade de drogas, além de valores em dinheiro, levando a crer que vinha desenvolvendo a atividade ilícita há algum tempo.

O que denota habitualidade constante e reiterada, a revelar que o réu não pode ser tratado igualmente a outros.

[...]

Assim, ressaí da transcrição supra que a Corte local afastou a minorante com base na quantidade da droga apreendida (2g de cocaína e 30,8g de maconha) e no fato de a apreensão ter se dado em região conhecida como ponto de tráfico.

Entretanto, as razões apontadas pelo Tribunal *a quo* não permitem, no caso concreto, concluir que o paciente integra organização criminosa ou se dedica ao tráfico de forma habitual, revelando-se inidônea, em consequência, a motivação utilizada para o decote do privilégio.

Em hipóteses análogas, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADA À PENA CORPORAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME PRISIONAL FECHADO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE PRIMÁRIA E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO QUE NÃO LEVAM À CONCLUSÃO DA DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES ILÍCITAS. RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. VARIEDADE E NOCIVIDADE DE UMA DAS DROGAS APREENDIDAS. FRAÇÃO REDUTORA DE 1/3 APLICADA. PENA REDUZIDA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. NOCIVIDADE DO ENTORPECENTE QUE POSSIBILITA A FIXAÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM O BENEFÍCIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. ACÓRDÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO PARA ACUSAÇÃO E DEFESA. CASSADA LIMINAR ANTERIORMENTE DEFERIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS

CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- Nos termos do art. 33, § 4º, 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 organização criminosa. Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem, juntamente com as circunstâncias do delito, a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.

- Hipótese em que a quantidade das drogas apreendidas não foi tão elevada a ponto de indicar, juntamente com as circunstâncias do delito, a dedicação da acusada, que é primária, às atividades ilícitas, de modo que a fundamentação utilizada pelo acórdão recorrido não se sustenta para, no caso em tela, afastar a figura do tráfico privilegiado.

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio, para, cassando a liminar deferida, reconhecer o privilégio e, em decorrência, reduzir as penas da paciente para 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 388 dias-multa (HC 385.243/SP, de minha relatoria, Quinta Turma, DJe 28/3/2017).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DE DROGA NÃO EXPRESSIVA. AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DA PACIENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. APLICABILIDADE DO ÍNDICE EM METADE. SUFICIENTE. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉ PRIMÁRIA E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM

CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. 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 integrarem organização criminosa (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o quantum dessa redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.

4. Hipótese em que a falta de ocupação lícita pelo agente e a inexpressiva quantidade de droga apreendida (23,6 g de cocaína) não justificam o afastamento do redutor pelo tráfico privilegiado. A míngua de elementos concretos que indiquem a dedicação da paciente a atividades criminosas, e considerando sua primariedade e bons antecedentes, é suficiente a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em patamar médio (1/2), atento aos vetores do art. 42 da Lei. Manifesta ilegalidade verificada.

[...]

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/2, ficando a pena final em 2 anos e 6 meses de reclusão, mais pagamento de 250 dias-multa, bem como para fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser fixada pelo Juízo das Execuções (HC 378.556/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 15/2/2017).

Portanto, tendo em vista a primariedade e os bons antecedentes do paciente, bem como a ausência de indicação concreta de que se dedique ou integre organização criminosa, conforme acima expandido, inafastável a aplicação ao caso do redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Passo, portanto, ao ajuste da reprimenda.

Mantida a pena fixada na origem em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, ao término da segunda fase da dosimetria, aplico a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, na fração de 2/3, pois a quantidade de entorpecentes não é expressiva, razão pela qual torno a pena do paciente definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, e 166 dias multa, uma vez que ausentes outras causas modificativas.

Quanto ao regime de cumprimento da reprimenda e substituição da pena, tratando-se de paciente primário, condenado a pena inferior a 4 anos de reclusão, com circunstâncias judiciais favoráveis, além da não expressiva quantidade dos entorpecentes apreendidos – 2g de cocaína e 30,8g de maconha –, entendo que faz jus ao regime aberto e à substituição por restritivas de direitos, a teor do disposto nos arts. 33, §§ 2º, "c", e 3º, e 44, ambos do Código Penal.

Ante o exposto, com base no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno do STJ, **não conheço** do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem, de ofício**, para redimensionar a pena do paciente para **1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa**, além de fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a critério do Juízo das Execuções Criminais.

Publique-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator