

HABEAS CORPUS Nº 531.292 - SP (2019/0263780-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RAFAEL ALVAREZ MORENO - SP323932
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FÁBIO LOPES OLIVEIRA DE SOUZA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de FABIO LOPES OLIVEIRA SOUZA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 3019556-32.2013.8.26.0405).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, 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. 16/24).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi improvido (e-STJ fls. 40/49), em acórdão assim ementado:

Apelação da Defesa - Tráfico de Drogas - Suficiência de provas à condenação - Réu preso em flagrante Materialidade e autoria comprovadas - Laudo pericial por amostragem que se mostra suficiente para comprovação da natureza das substâncias apreendidas e da lesividade ao corpo humano - Desnecessidade de perícia em cada grama de droga apreendida - Apreensão de diversas porções de crack e maconha - Confissão extrajudicial - Revelia - Consistentes depoimentos dos policiais responsáveis pela diligência - Fatores que levam à conclusão de que os entorpecentes eram destinados ao consumo de terceiros - Pena-base fixada no mínimo legal - Réu beneficiado com a aplicação do redutor na fração de 1/6 - Impossibilidade de maior redução - Regime diverso do fechado ou substituição da pena de liberdade por penas restritivas de direitos - Mercês incompatíveis com delitos de singular gravidade - Necessidade de maior repressão ao tráfico de entorpecentes - Recurso de

apelação desprovido.

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 3/12), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois reduziu a pena no patamar mínimo previsto para a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 sem fundamentação idônea. Afirma que a aplicação de fração inferior a 2/3 somente se justifica quando a quantidade de entorpecentes é exacerbada, o que não é o caso dos autos.

Alega, outrossim, ser ilegal o recrudescimento do regime prisional e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos com base em alegações genéricas acerca da gravidade do delito. Nesse contexto, entende que o paciente faz jus a regime prisional mais brando, inclusive o aberto, com substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em caso de acolhimento do pedido de redução da pena.

Ao final, formula pedido liminar para que o paciente possa aguardar em liberdade o julgamento deste *writ* 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, além do abrandamento do regime prisional e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O pedido liminar foi parcialmente deferido (e-STJ fls. 53/56) 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. 156/161, opinou pela concessão parcial da ordem, para que seja apenas fixado o regime inicial semiaberto, nos termos da seguinte ementa:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE. UTILIZAÇÃO INADEQUADA DO WRIT. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06 NO PATAMAR MÁXIMO,

FIXAÇÃO DO REGIME MAIS BRANDO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. APLICAÇÃO DO REDUTOR NO PATAMAR DE 1/6 ADEQUADO. REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS FAVORÁVEIS. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS OU, SE CONHECIDO, PELA CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM PARA FIXAR O REGIME SEMIABERTO.

É o relatório. **Decido.**

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014; STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora o impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Busca-se, em síntese, o reconhecimento de constrangimento ilegal decorrente da não aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na fração máxima, na fixação do regime inicial fechado, e na

ausência de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Quanto à fração da redutora adotada, confira-se como fundamentou o juízo sentenciante a sua escolha (e-STJ fl. 21):

[...]

Em terceira fase, entretanto, deve ser levada em consideração a causa especial de diminuição de pena prevista pelo §4º do art. 33 da Lei de Tóxicos, causa esta que, uma vez verificados seus requisitos, deve ser aplicada, ainda que de ofício. Como consequência, considerando a quantidade da droga com ele apreendida aplico o redutor no seu patamar mínimo de 1/6, o que implica na reprimenda de 4 anos e 2 meses de reclusão, além de 416 dias-multa. Ainda de forma a legitimar a diminuição mínima da reprimenda tem-se a qualidade da droga, qual seja, o crack, sobretudo em se considerando ser o este tipo de droga a única de consumo imediato, pois sua compulsão é muito forte. A título de curiosidade, chega a ser cinco vezes mais potente que a cocaína e sua descoberta praticamente aboliu o uso de cocaína injetável, pela sua simplicidade de se atingir o prazer. Quando usado junto com o álcool deixa o usuário mais agressivo e eleva em muito a pressão arterial podendo levar rapidamente à morte. A figura do traficante, neste contexto, se vale da fraqueza dos usuários, estimulando o uso e disseminando a venda, o que torna mais reprovável sua conduta. Considerando-se que quem usa crack só tem dois momentos na vida: ou está usando a droga ou está atrás de dinheiro para comprá-la e é aí que ocorre o crime, o traficante faz parte da cadeia delituosa e, por isso, merece tratamento penal mais rigoroso.

E assim se manifestou a Corte local ao manter o patamar de redução adotado na sentença (e-STJ fls. 46/47):

[...]

Na terceira fase, a pena foi reduzida em 1/6, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, o que a alçou ao patamar definitivo de 04 anos e 02 meses de reclusão, além do pagamento do valor correspondente a 416 dias-multa em seu mínimo unitário.

De fato, parece inviável a redução em maior patamar, diante da quantidade e variedade de droga, apreendida em local conhecido como ponto de tráfico de drogas.

Além disso, o acusado afirmou que estava envolvido com outro indivíduo, o qual recolhera a quantia angariada com a venda das substâncias, não bastasse o fato de que o acusado não comprovou qualquer atividade lícita, tudo a indicar a dedicação efetiva e não eventual do comércio espúrio.

Por óbvio, os requisitos previstos pelo legislador no artigo 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/2006 devem ser analisados separadamente. Do contrário, bastaria que a norma exigisse o preenchimento do requisito da primariedade para que o agente fosse agraciado com a redução da pena.

Ademais, a norma buscou dar ao juiz a possibilidade de no caso concreto aplicar pena menos rigorosa ao réu primário, de bons antecedentes, que não se dedicasse a atividades criminosas e não integrasse organização criminosa, e a intenção do legislador é clara: dispensar tratamento diferenciado ao "traficante menor", em detrimento do "traficante organizado".

A previsão está assentada no princípio da individualização da pena e, assim, não afronta a ordem constitucional. Trata-se de regra não obrigatória, facultando ao Magistrado sua aplicação ou não, de acordo com o caso em exame, de forma fundamentada.

Tais circunstâncias seriam o bastante para justificar a não aplicação da causa especial de redução da pena, que é direcionada àqueles indivíduos que não fazem da narcotráfica o seu meio de vida.

Como é cediço, 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 integrarem organização criminosa.

A causa de diminuição da pena do tráfico privilegiado levou à redução da reprimenda do paciente, na fração de apenas 1/6, considerando-se a natureza do entorpecente apreendido.

No entanto, no caso, não obstante a natureza deletéria do crack, a quantidade dos entorpecentes apreendidos não é expressiva – 15,92g de crack e 38,56g de maconha –, revelando-se injustificada a modulação do redutor, que deve

incidir em sua fração máxima de **2/3**.

Nesse sentido, vejam-se os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ALTERAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO PELA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. PATAMAR MÁXIMO. POSSIBILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. Fixada a pena-base no mínimo legal e apreendida pequena quantidade de droga - 11 (onze) buchas de maconha, 04 (quatro) pedras de crack e 5 (cinco) papélotes de cocaína -, legítima é a aplicação da minorante (art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006) pelo seu máximo, ou seja, 2/3. Precedentes.

2. Ordem de habeas corpus concedida para, com a incidência da mencionada minorante na fração máxima, reduzir a pena do Paciente, relativa ao crime previsto no caput do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, para 1 (ano) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à razão do valor mínimo legalmente estabelecido. (HC 468.227/ES, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 06/11/2018, DJe 23/11/2018)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MANUTENÇÃO DA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. ALEGAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE AGRAVAMENTO DA PENA DO PACIENTE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. MOTIVOS. LUCRO FÁCIL. IMPOSSIBILIDADE. ARGUMENTO INERENTE AO TIPO DO TRÁFICO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. VIABILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

7. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades

criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

8. A natureza constitui fundamento idôneo para justificar a fixação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em patamar inferior ao máximo legal, mas, no presente caso, não se mostra expressiva o suficiente para aplicar fração diversa da máxima.

[...]

10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente. (HC 406.467/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 31/10/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INDEFERIMENTO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS - CRACK, COCAÍNA E MACONHA. PACIENTE QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODO O ANDAMENTO DA AÇÃO PENAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº.11.343/06. PATAMAR DE REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. FRAÇÃO MÁXIMA DE REDUÇÃO APLICADA. PEQUENA QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PRIMARIEDADE E MONTANTE DA PENA QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CABIMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 44 DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. Não se vislumbra constrangimento ilegal em hipótese na qual foi indeferido o direito de o paciente recorrer em liberdade com base tanto na variedade variedade dos entorpecentes apreendidos - 15 pedras de crack pesando 2,35 g, 16 porções de cocaína com 2,9 g e uma porção de maconha com peso de 57,76 g - bem como no fato de ter respondido preso a toda a ação penal.

4. Dada a ausência de fundamentação, deve ser aplicada, na terceira etapa da dosimetria, a fração máxima redutora de 2/3, ante a minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista a pequena quantidade dos entorpecentes apreendidos. Precedentes.

[...]

9. Ordem não conhecida, mas concedida, ex officio, para reduzir as penas do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime inicial aberto, e 166 dias-multa, substituindo a pena corporal por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais. (HC 400.137/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 20/06/2017, DJe 01/08/2017)

Passo, portanto, ao redimensionamento das penas do paciente.

Na primeira fase da dosimetria, mantenho a pena-base em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, a qual permanece na segunda etapa, não obstante a menoridade relativa, em razão da incidência da Súmula 231/STJ. Na terceira etapa, reconhecida a ilegalidade na não aplicação da redutora do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, em toda a sua extensão, reduz-se a pena na fração máxima de 2/3, ficando a pena definitivamente fixada em **1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.**

Quanto ao regime, como é cediço, em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistente a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal.

Além disso, a Terceira Seção desta Corte, em 23/11/2016, ao julgar a Petição n. 11.796/DF, cancelou o enunciado n. 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, firmando tese no sentido de que o tráfico ilícito de drogas, na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), não é

crime equiparado a hediondo.

Portanto, tratando-se de réu primário, condenado a pena inferior a 4 anos de reclusão, com circunstâncias judiciais favoráveis, além da não expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos – 15,92g de crack e 38,56g de maconha –, o paciente faz jus ao regime inicial aberto, conforme o disposto no art. 33, §§ 2º, c, e 3º, do Código Penal.

Do mesmo modo, atendendo o paciente aos requisitos do art. 44 do CP, constitui coação ilegal a não substituição da pena na espécie, motivo pelo qual promove-se a substituição da sanção corporal por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juiz singular.

Nessa linha:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CUMPRIMENTO INICIAL EM REGIME FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. SÚMULA 444/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

[...]

2. Nos termos da Súmula 440 desta Corte, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". Aplicação, também, dos verbetes n. 718 e 719 do STF.

3. No caso, estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão, sendo primário o agente e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, sobretudo quando considerada a não expressiva quantidade de drogas apreendidas - 1 porção de maconha (17,770 g), 2 pinos de cocaína (1,61 g) e 3 pedras de crack (2.07 g), a teor do disposto no art. 33, § 2º, "c", do Código Penal c/c o art. 42 da

Lei de Drogas.

4. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos da sentença proferida no Juízo de primeiro grau. (HC 354.398/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 17/05/2016, DJe 25/05/2016)

[...]

FRAÇÃO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI DE DROGAS. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO QUE NÃO SE REVELA EXPRESSIVA. POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA SANÇÃO EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE DE ESTABELECIMENTO DE MODO MENOS GRAVOSO PARA O RESGATE DA SANÇÃO RECLUSIVA E A SUA PERMUTA POR REPRIMENDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

[...]

3. 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 entorpecentes 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.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena imposta ao paciente para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, e pagamento de 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, fixando-se o regime inicial aberto para o cumprimento da sanção reclusiva, e substituindo-a por reprimendas restritivas de direitos consistentes na prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana. (HC 363.239/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 20/10/2016, DJe 26/10/2016)

Superior Tribunal de Justiça

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 reduzir as penas do paciente ao novo patamar de **1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa**, no **regime aberto**, bem como para determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a critério do Juízo das Execuções Penais.

Publique-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator