

HABEAS CORPUS Nº 564.070 - SP (2020/0049760-1)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : MARIA VICTORIA DE BARROS CAMPOS - SP311426
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FILIPE MATEUS DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de FILIPE MATEUS DA SILVA apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime do art. 33, *caput*, c/c o art. 40, ambos da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista a apreensão de aproximadamente **29g (vinte e nove gramas) de cocaína, 22g (vinte e dois gramas) de maconha e 3g (três) gramas de crack.**

A apelação defensiva foi parcialmente provida tão somente para reduzir a pena do paciente para 5 anos e 10 meses de reclusão.

No presente *writ*, a impetrante pede o reconhecimento do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, sob o argumento de que o paciente preenche os requisitos legais. Aduz que a minorante não pode ser afastada com base na quantidade e na diversidade dos entorpecentes apreendidos, pois eles não são suficientes para demonstrar a dedicação às atividades criminosas.

Requer, outrossim, o abrandamento do regime e a substituição da pena.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem "*para estabelecer o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena, à míngua de fundamentação idônea para a imposição do regime fechado*" (e-STJ fl. 123).

É o relatório.

Decido.

In casu, vislumbro a apontada ilegalidade decorrente do não reconhecimento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

De acordo com esse dispositivo, 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 a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Na hipótese, a Corte de origem, ao proceder à dosimetria da pena do delito de tráfico ilícito de drogas, afastou a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, amparando-se nos seguintes fundamentos (e-STJ fl. 33/46):

Durante a abordagem, a testemunha Everton Cleiton Silva Pinheiro informou que era usuário e que estava ali para adquirir entorpecentes.

Em revista pessoal, em poder do apelante FILIPE, o qual estava ao lado de Everton no momento em que foram abordados, foi localizada uma “pochete” contendo porções de cocaína e maconha, além da quantia de R\$ 70,00, em notas miúdas bem como papel com anotações provavelmente relacionadas à contabilidade do tráfico.

Outrossim, na posse do recorrente JONATA foi encontrada outra “pochete” contendo porções de crack, maconha e cocaína.

Informalmente, os acusados admitiram aos policiais que o dinheiro apreendido era proveniente do tráfico e que comercializaram as drogas naquele local.

Ainda, apurou-se que o tráfico de drogas era realizado nas imediações do Colégio Tietê, situado na Rua João Gomes Pereira, nº 1.125, Cidade São Mateus.

*[...] Incabível o pleito defensivo de redução da pena, conforme disposto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, **diante da quantidade, variedade e natureza dos entorpecentes apreendidos, quais sejam, 32 porções de cocaína, com peso total de 29 gramas; 16 porções de maconha, com peso total de 22,3 gramas; bem como 11 porções de crack, com peso total de 3,2 gramas.***

Conforme entendimento desta Colenda Câmara, o limite para a aplicação do redutor da pena previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 é de 25 gramas de cocaína ou crack, sendo que no caso de duplicidade de substâncias, o total de entorpecentes, mesmo que de natureza diversa, não pode ultrapassar 25 gramas e, em caso de apreensão de três ou mais tipos de entorpecentes, o redutor não é aplicado, independente da quantidade, sendo, portanto, inadequada a aplicação do referido benefício no caso em tela.

[...] Ademais, a quantidade e diversidade de drogas apreendidas,

bem como a forma como estavam embaladas revelam a dedicação habitual dos apelantes ao tráfico, não se tratando de meros traficantes eventuais, que, por descuido, envolveram-se com a traficância momentaneamente.

[...]

A menoridade dos recorrentes foi reconhecida na sentença, porém acertadamente não foi aplicada na dosimetria da pena, uma vez que circunstâncias atenuantes não têm o condão de reduzir a pena aquém do patamar mínimo previsto pela lei, conforme dispõe a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Incabível o afastamento da referida súmula, pois circunstâncias atenuantes, ao contrário das causas de diminuição de pena, não integram o tipo penal, sendo, por isso, genéricas. Daí porque, ao reconhecê-las, é vedado ao magistrado abrandar a reprimenda aquém do piso mínimo previsto pelo legislador.

Não há que se falar em reconhecimento da atenuante relativa à confissão espontânea com relação ao acusado JONATA, pois, este restou silente tanto em sede policial, quanto em sede judicial.

Diante da causa de aumento da pena prevista no artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06, as penas dos réus foram majoradas em 1/3, totalizando 06 anos e 08 meses de reclusão, e 666 dias-multa, no valor mínimo legal.

Não há que se falar em afastamento da referida causa de aumento da pena, tendo em vista que a circunstância em questão tem natureza objetiva, ou seja, para que seja aplicada, basta que seja comprovada a proximidade física entre o ponto de narcotraficância e o local previsto no referido artigo.

No caso em tela, o crime foi cometido próximo ao Colégio Tietê, cerca de apenas 400 metros de distância, ou seja, cinco minutos a pé

[...]

Contudo, nota-se que apesar de correto o aumento das penas, este ocorreu em demasia, razão pela qual reduzo a fração para 1/6, atingindo as reprimendas o patamar de 05 anos e 10 meses de reclusão, bem como 583 dias-multa, no valor mínimo legal.

Incabível o pleito defensivo de redução da pena, conforme disposto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, diante da quantidade, variedade e natureza dos entorpecentes apreendidos, quais sejam, 32 porções de cocaína, com peso total de 29 gramas; 16 porções de maconha, com peso total de 22,3 gramas; bem como 11 porções de crack, com peso total de 3,2 gramas.

Conforme entendimento desta Colenda Câmara, o limite para a aplicação do redutor da pena previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 é de 25 gramas de cocaína ou crack, sendo que no caso de duplicidade de substâncias, o total de entorpecentes, mesmo que de natureza diversa, não pode ultrapassar 25 gramas e, em caso de apreensão de três ou mais tipos de entorpecentes, o redutor não é aplicado, independente da quantidade, sendo, portanto, inadequada a aplicação do referido benefício no caso em tela.

Superior Tribunal de Justiça

Ora, tamanha quantidade representa um perigo maior, atingindo incontáveis usuários, além de apresentar um alto risco à saúde pública com a colocação de tamanha quantidade de entorpecentes na rua.

Ademais, a quantidade e diversidade de drogas apreendidas, bem como a forma como estavam embaladas revelam a dedicação habitual dos apelantes ao tráfico, não se tratando de meros traficantes eventuais, que, por descuido, envolveram-se com a traficância momentaneamente.

[...]

Inatendível o pedido da defesa de fixação de regime mais brando para o início do cumprimento da pena, vez que imposição de regime diverso do fechado não atenderia ao princípio da suficiência no presente caso.

Não se olvida da reiterada orientação desta Corte de que a quantidade e a natureza da droga, associadas ao contexto em que se deu a sua apreensão, podem evidenciar a dedicação à atividade criminosa. Contudo, na espécie, entendo que a quantidade de entorpecente apreendida não se mostra suficiente para concluir pela dedicação do paciente à atividade criminosa, razão pela qual entendo que ele faz jus à minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração máxima.

A propósito, confirmam-se:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PLEITO DE APLICAÇÃO DA REDUÇÃO DE PENA NO PATAMAR MÁXIMO (2/3). AFASTAMENTO, PELO ACÓRDÃO IMPUGNADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, PELO ACÓRDÃO IMPUGNADO, COM FUNDAMENTO NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. MANIFESTA ILEGALIDADE CONSTATADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

[...].

V. In casu, há manifesto constrangimento ilegal, passível de concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.

VI. O acórdão impugnado afastou o redutor - previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 e aplicado, pela sentença, no patamar máximo

-, apenas ao fundamento de que o paciente possuiria personalidade afeita à prática de delitos, decorrente do fato de responder a outro processo, por tráfico de drogas - na verdade, por crime de porte, para consumo próprio -, com condenação não transitada em julgado, ilação que ofende o princípio da presunção de inocência e a Súmula 444/STJ, não podendo subsistir.

VII. *Aplicável o redutor, previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, uma vez que o paciente preenche os requisitos contidos no referido dispositivo legal, já que é primário - ostentando apenas uma condenação criminal anterior, ainda não transitada em julgado, pela prática de crime de porte de droga, para consumo próprio -, não se dedica a atividades criminosas, nem integra organização criminosa, tal como constatado pelo Juízo de 1º Grau, que aplicou a referida causa de diminuição da pena, no grau máximo, devendo ser restabelecida, no ponto, a sentença condenatória, que fixou a pena definitiva do paciente em 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.*

[...].

X. *No caso, o paciente é primário, foi preso com 1,7 g de cocaína, a pena-base foi fixada no mínimo legal, sendo-lhe todas as condições judiciais favoráveis, com pena definitiva fixada em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.*

XI. *Habeas corpus não conhecido.*

XII. *Ordem concedida, de ofício, para fixar a sanção penal em 1 ano e 8 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, além do pagamento de 166 dias-multa, deferindo-se, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, a serem determinadas pelo Juízo da Execução, uma vez que já operado o trânsito em julgado. (HC 251.300/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 25/11/2013, grifei.)*

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. APLICABILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido 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 a

justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Nos termos 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 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organização criminosa.

3. Segundo o art. 42 da Lei de Drogas, "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

4. No caso, ao contrário do firmado pelo Tribunal de origem, entende-se que a quantidade do entorpecente apreendido - 21 invólucros de maconha (40,5g) - não se mostra elevada, fazendo jus o paciente à aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, sobretudo quando considerada sua primariedade, bons antecedentes e a ausência, no caso concreto, de elementos indicativos de que integre organização criminosa ou de que se dedique à criminalidade.

4. [...].

5. Estabelecida a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, verificada a primariedade da agente e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, o cumprimento inicial em regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.

6. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n.11.343/06 no grau máximo (2/3), tornando a pena definitiva da paciente em 1 ano e 8 meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, mais o pagamento de 166 dias-multa, substituída, ainda, a sanção corporal por pena restritiva de direitos, a ser fixada pelo Juízo da execução. (HC 356.882/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 03/08/2016, grifei.)

Assim, reconhecendo-se a incidência da minorante do § 4º da Lei n. 11.343/2006 na fração de 2/3, a pena do paciente deve ser reduzida para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão.

Dessa forma, diante do novo *quantum* da reprimenda, bem como fixada a pena-base no mínimo legal, em virtude da análise favorável das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o agravante faz jus ao regime inicial aberto, o qual

Superior Tribunal de Justiça

se revela como o mais adequado à prevenção e à repressão do delito em tela, conforme o art. 33, § 3º, do Código Penal, bem como à substituição da pena privativa de liberdade por sanções alternativas (art. 44 do CP).

À vista do exposto, **concedo a ordem** para, reconhecendo a incidência da minorante do § 4º da Lei n. 11.343/2006, reduzir a pena do paciente para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, a ser cumprida no regime inicial aberto, e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, que deverão ser estipuladas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de abril de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator