



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 696455 - SP (2021/0310816-1)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : GABRIEL DA SILVA CORNELIO
ADVOGADOS : CLEBER PUGLIA GOMES - SP400239
GABRIEL DA SILVA CORNÉLIO - SP458996
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : --- (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de ---, contra acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, proferido no julgamento da Apelação n. 1500832-33.2020.8.26.0559, assim ementado:

"Ação Penal - Tráfico de Drogas Sentença condenatória - Apreensão de cocaína em forma de 'crack' - Insurgência do ministério público Pleitos: afastamento do tráfico privilegiado e fixação de regime prisional fechado para o cumprimento inicial da reprimenda - Requisitos constantes do parágrafo 4º, do art. 33, da Lei de Entorpecentes que não foram preenchidos - Atos infracionais que obstam a concessão da benesse - Fixação de regime semiaberto que se mostra adequado para o cumprimento inicial da pena - Dicção do disposto no art. 33, parágrafo 2º, alínea 'b', do Código Penal - Recurso provido em parte, para afastar o tráfico privilegiado e redimensionar o quantum da reprimenda." (fl. 41)

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime semiaberto, bem como ao pagamento de 500 dias-multas por infração ao art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas), por trazer consigo 4,63g de crack.

Consta no processo que em primeira instância o paciente foi beneficiado com a minorante do art. 33, § 4º, tendo o acórdão cassado este benefício.

A defesa sustenta que o paciente deveria ter sido beneficiado com a minoração de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em virtude dos seus bons antecedentes, a enquadrá-lo nos requisitos descritos nesta norma para a concessão desta diminuição de pena.

Objetiva, em consequência, a restauração da dosimetria da sentença, fixando o regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do artigo 44 do CP.

Deste modo, requer, em liminar, a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11343/06 e fixação de regime inicial aberto, com a substituição de pena privativa de liberdade como restritiva de direitos.

O Ministério Público Federal lavrou parecer, opinado pela concessão da ordem, com o restabelecimento da sentença de primeiro grau que aplicou o redutor da pena no crime em destaque, assim sumariado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. PENAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. (§ 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06). RECONHECIMENTO. REGISTROS ANTERIORES DE ATOS INFRACIONAIS RELATIVOS A CRIMES ANÁLOGOS AO TRÁFICO DE DROGAS UTILIZADOS ISOLADAMENTE PARA AFASTAR A REDUTORA. IMPOSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE (ART. 5º, LVII,CF). POUCA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. 4,63G DE 'CRACK'. PELO NÃO CONHECIMENTO E CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO, PARA QUE INCIDA A REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO EM SUA FRAÇÃO MÁXIMA, SEJAFIXADO O REGIME ABERTO E SUBSTITUÍDA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS, CONFORME APLICADO PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO." (fl. 60)

É o relatório.

Decido.

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção.

O *Parquet* Federal assentou em seu bem elaborado parecer:

"No caso, o Paciente foi flagrado com 55 porções de cocaína na forma de 'crack', com peso líquido de 4,63 gramas.

O TJSP afastou a redutora do art. 33, § 4º, da lei 11.343/06, considerando, além da quantidade de drogas apreendidas, que registros anteriores de atos infracionais análogos ao crime de tráfico de drogas desnaturam a primariedade do acusado, cabendo a não incidência da minorante.

Eis o ponto impugnado do acórdão:

(...)

Respeitado o entendimento do nobre julgador, conquanto o réu seja primário, tudo indica que ele exerce atividade criminosa como meio de vida e, por isso, não pode ser considerado como traficante eventual.

Anote-se que, embora os atos infracionais não sejam aptos para o reconhecimento da reincidência e dos maus antecedentes, verifica-se que o acusado já respondeu por delito similar ao tráfico de drogas (Processo nº 0009090-89.2019.8.26.0576 fls. 30/31), enquanto menor, fato esse que no entendimento deste Relator, obsta a concessão da benesse prevista no art. 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/2006.

(...)

Sobre a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, verifica-se que a lei traz quatro requisitos objetivos para sua aplicação: o agente deve ser primário, ter bons antecedentes, não deve se dedicar a atividades criminosas e não deve integrar organização criminosa.

É sabido que atos infracionais não podem ser considerados maus antecedentes para a elevação da pena-base, tampouco podem ser utilizados para caracterizar personalidade voltada para a prática de crimes ou má conduta social.

[...]

Todavia, os registros de atos infracionais não podem ser utilizados isoladamente pelo magistrado para a configuração da dedicação do acusado em atividades criminosas e assim afastar a redutora do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, senão quando valorados obrigatoriamente frente aos elementos concretos dos autos.

Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê em seus artigos 1º e 12 a proteção integral da criança e do adolescente, de modo que o menor infrator não comete crime e tampouco lhe é aplicada pena, mas medidas socioeducativas, de modo que tais registros não se mostram suficientes, por si, para auferir ao acusado a pesada implicação de que se dedica a atividades criminosas.

[...]

Na espécie, repita-se, o paciente foi flagrado com 4,63 g de 'crack', quantidade que não vulnera o bem jurídico tutelado pela norma, além do que o flagrante se deu em ronda policial de rotina, circunstâncias que não destoam do tipo penal incriminador.

Dessa forma, cumpre incidir de ofício a redutora do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, em sua fração máxima, dado que registros de atos infracionais, inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam, isoladamente, para afastar a redutora quando apartados do caso concreto, sob pena de violação ao princípio da não culpabilidade inscrito no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, conforme já aplicado pelo juízo de primeiro grau de jurisdição.

[...]

Ante o exposto, o Ministério Público Federal requer o não conhecimento e a concessão da ordem, de ofício, para que seja restabelecida a sentença de primeiro grau de jurisdição." (fls. 52/59)

Com visto, das bem lançadas razões do parecer ministerial, as quais adotam-se como fundamentos para decidir, um único ato infracional isolado praticado pelo paciente não é suficiente para afastar o redutor da pena.

Assim, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, com a redução da pena do paciente para 1 (um) ano e 8 (oito meses) de reclusão, no regime aberto, devendo a pena privativa de liberdade ser substituída pelo juiz da execução, conforme previsto no art. 44, § 2º, do Código Penal, e a de multa para 166 dias-multa Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 14 de fevereiro de 2022.

JOEL ILAN PACIORNIK
Relator