



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 890174 - SP (2024/0038526-3)

RELATORA : MINISTRA DANIELA TEIXEIRA
IMPETRANTE : GUSTAVO DE FALCHI
ADVOGADO : GUSTAVO DE FALCHI - SP315913
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* com pedido de liminar impetrado em favor de -- em que se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (Apelação Criminal nº 1514168-59.2022.8.26.0228).

A paciente foi condenada à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão em regime fechado, além do pagamento de 583 dias-multa, pela prática do crimes previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, III, da Lei nº 11.343/2006 (tráfico de drogas).

O Tribunal de origem deu parcial provimento à apelação interposta pela defesa para afastar a causa de aumento de pena prevista no artigo 40, III, da Lei de Drogas e redimensionar a pena para 5 anos de reclusão em regime fechado, além do pagamento de 500 dias-multa (e-STJ fls. 12-24, sem ementa).

A defesa alega, em síntese: a) ilegalidade da fundamentação que afastou a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, com base apenas na quantidade de dinheiro e de drogas apreendidos; b) "não poderia o Juízo bem como o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ter utilizado como fundamento a quantidade de drogas para impedir a aplicação do redutor, sobretudo porque, a quantidade de drogas deve ser utilizada na 1ª fase, diga-se de passagem, quantidade ínfima de droga (3,9 gramas de cocaína)" (e-STJ fl. 6); e c) "conforme documentação comprobatória, é primária, possuidora de impecável antecedente criminal, possuindo trabalho lícito, inclusive com registro em sua Carteira de Trabalho, demonstrando assim, não fazer do tráfico seu meio de vida, como apontou de forma abstrata e genérica as Instâncias Ordinárias; sendo o presente feito criminal, totalmente isolado em sua vida processual, portanto, não se dedica a atividade criminosa, tão pouco faz parte de quaisquer organizações criminosas" (e-STJ fl. 9).

Requer o deferimento de liminar para suspender os efeitos do acórdão impugnado até o julgamento de mérito do *writ*.

No mérito, a concessão da ordem para aplicar a causa especial de diminuição de pena do tráfico privilegiado em seu patamar máximo, com a consequente fixação do regime aberto e a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

É o relatório.

O Tribunal local afastou a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 com a seguinte fundamentação (e-STJ fls. 26-27):

A pena, assim, perfaz 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, calculados no mínimo legal.

Ainda na derradeira etapa, não faz a apelante jus ao reconhecimento do tráfico privilegiado e à minoração de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

[...]

No caso dos autos, ficou demonstrado que a apelante não pode, de forma alguma, ser considerada como “traficante ocasional”, pois, pela dinâmica da abordagem, demonstra-se que realmente se dedicava à atividade criminosa, ainda mais que com ela foi localizado o valor de R\$140,00 (cento e quarenta reais). Ademais, tal situação é totalmente incompatível com o padrão de vida da apelante, a qual não demonstrou possuir atividade lícita alguma.

Registre-se que o caso dos autos é conhecido como “tráfico de formiguinha”, ou seja, as porções de drogas são guardadas, por exemplo, em canos de esgoto ou em relógios de força, para evitar a localização pela Polícia, ou, então, a vinculação ao tráfico.

Ainda, não se pode olvidar que a apelante admitiu na fase policial a traficância (fls. 10), afirmando que, para tanto, receberia o valor de R\$30,00 (trinta reais), evidenciando hierarquia e vínculo de confiança com indivíduo ligado ao tráfico.

Anote-se, no mais, que a confissão pormenorizada da apelante, na fase policial, merece total crédito, vez que plenamente corroborada pelas demais provas dos autos.

E, mesmo que sua versão pudesse ser retratada em Juízo, e, não possuindo peso suficiente a ensejar, por si só, uma condenação, a confissão extrajudicial seria ainda assim levada em consideração.

[...]

Consequentemente, não preenche todos os requisitos necessários para a obtenção do benefício previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

Do excerto acima, constata-se que a paciente é primária, as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis e não foi comprovada a dedicação à atividade criminosa ou integração à organização criminosa para afastar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Além disso, o que se observa na hipótese é que, apesar da nocividade do entorpecente apreendido, a quantidade - 3,9g de cocaína (e-STJ fl. 13) - não se revela expressiva a ponto de justificar a aplicação do redutor aquém do patamar máximo.

Diante do volume de droga apreendida e, ainda, favorabilidade das circunstâncias judiciais, mostra-se adequada a aplicação da fração de 2/3, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS APTAS A DEMONSTRAR A DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA OU O ENVOLVIMENTO DO PACIENTE COM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. MINORANTE RECONHECIDA. DECISÃO MANTIDA.

1. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do Resp n. 1.887.511/SP, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, em 9/6/2021, decidiu que a natureza e a quantidade das drogas apreendidas são circunstâncias a serem necessariamente consideradas na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, somente podendo ser consideradas para o afastamento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2016, quando houver a indicação de outros elementos concretos adicionais que caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração em organização criminosa.

2. A causa de diminuição foi afastada com fundamento na quantidade e natureza da droga apreendida (22,8g de cocaína, 26,4g de maconha e 4,9g de crack), bem como pelo fato de o paciente ter sido novamente preso por tráfico de drogas, após os fatos aqui tratados.

3. Não obstante a natureza das drogas, a quantidade apreendida não se mostra relevante, o que, somado à ausência de circunstâncias adicionais desfavoráveis, como a inserção em grupo criminoso de maior risco social, atuação armada, envolvendo menores ou com instrumentos de refino da droga, entre outras, não justifica a exasperação da pena-base ou o afastamento da minorante do tráfico. Além disso, trata-se de agente primário, não sendo razoável o indeferimento da causa de diminuição do tráfico privilegiado, com base em processo em andamento.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 817.067/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 28/8/2023, DJe de 30/8/2023.)

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º DA LEI N. 11.343/2006. AGENTE PRIMÁRIO, DE BONS ANTECEDENTES E PEQUENA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. MINORANTE APLICADA EM SUA FRAÇÃO MÁXIMA. PROPORCIONALIDADE. AGRAVO MINISTERIAL DESPROVIDO.

1. De acordo com o § 4º do art. 33 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 organizações criminosas.

2. No caso em concreto, levando em conta a primariedade do réu, seus bons antecedentes, a ausência de elementos concretos que indiquem a dedicação à criminalidade ou que ele integre organização criminosa, bem como o fato de ter a posse de 17g de maconha entendendo que faz jus à incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, no patamar de 2/3 (dois terços).

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 2.279.431/AL, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 9/5/2023, DJe de 12/5/2023.)

Passa-se à dosimetria da pena.

Tem-se que a pena-base do crime de tráfico de drogas ficou estabelecida em 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa (e-STJ fl. 18).

Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes (eSTJ fls. 18-19).

Na terceira etapa, a pena é reduzida em 2/3, ante a incidência da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, ficando a reprimenda estabelecida em 1 ano e 08 meses de reclusão em regime aberto, além do pagamento de 166 dias-multa, a qual torna-se definitiva, à míngua de outras causas modificadoras.

Atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, a pena privativa de liberdade deve ser substituída por restritivas de direitos, a serem definidas pelo juízo da execução penal.

Ante o exposto, **concedo liminarmente a ordem de *habeas corpus*** para redimensionar a pena da paciente, alterar o regime de cumprimento e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Comunique-se, **com urgência**, o teor desta decisão ao Tribunal de origem e ao respectivo juízo de primeiro grau.

Após, ciência ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 16 de fevereiro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora