



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 831213 - SP (2023/0204726-9)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : MATHEUS AUGUSTO AMBROSIO
ADVOGADO : MATHEU AUGUSTO AMBROSIO - SP214365
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS DANIEL SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. ORDEM CONCEDIDA.

I. CASO EM EXAME

1. Habeas corpus impetrado em favor de Carlos Daniel Silva contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que manteve a condenação do paciente à pena de 5 anos de reclusão em regime fechado, pela prática de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006), sem o reconhecimento da causa de diminuição do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006). A defesa pleiteia a aplicação da causa de diminuição da pena, a fixação de regime aberto e a progressão de pena em 1/8, em virtude de o paciente ser responsável por uma filha menor de idade.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) se é cabível o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, o chamado tráfico privilegiado; e (ii) se o regime prisional pode ser abrandado para o regime aberto, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A minorante do tráfico privilegiado, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, aplica-se quando o agente é primário, possui bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas e não integra organização criminosa.

4. O Tribunal de origem afastou a minorante com base em condenação posterior por fato diverso, o que é inadequado,

conforme precedentes do STJ (Súmula 444). À época dos fatos, o paciente era primário e possuía bons antecedentes, cumprindo os requisitos para a aplicação da causa de diminuição.

5. A pequena quantidade de droga apreendida (3,4g de maconha) justifica a aplicação da redução da pena na fração máxima de 2/3, atendendo aos critérios de proporcionalidade.

6. O pedido de progressão de pena em 1/8 não foi analisado pelo Tribunal de origem, o que impede o seu conhecimento por esta Corte Superior, sob pena de supressão de instância.

IV. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 07 de novembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 831213 - SP (2023/0204726-9)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : MATHEUS AUGUSTO AMBROSIO
ADVOGADO : MATHEU AUGUSTO AMBROSIO - SP214365
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS DANIEL SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. ORDEM CONCEDIDA.

I. CASO EM EXAME

1. Habeas corpus impetrado em favor de Carlos Daniel Silva contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que manteve a condenação do paciente à pena de 5 anos de reclusão em regime fechado, pela prática de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006), sem o reconhecimento da causa de diminuição do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006). A defesa pleiteia a aplicação da causa de diminuição da pena, a fixação de regime aberto e a progressão de pena em 1/8, em virtude de o paciente ser responsável por uma filha menor de idade.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) se é cabível o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, o chamado tráfico privilegiado; e (ii) se o regime prisional pode ser abrandado para o regime aberto, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A minorante do tráfico privilegiado, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, aplica-se quando o agente é primário, possui bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas e não integra organização criminosa.

4. O Tribunal de origem afastou a minorante com base em condenação posterior por fato diverso, o que é inadequado,

conforme precedentes do STJ (Súmula 444). À época dos fatos, o paciente era primário e possuía bons antecedentes, cumprindo os requisitos para a aplicação da causa de diminuição.

5. A pequena quantidade de droga apreendida (3,4g de maconha) justifica a aplicação da redução da pena na fração máxima de 2/3, atendendo aos critérios de proporcionalidade.

6. O pedido de progressão de pena em 1/8 não foi analisado pelo Tribunal de origem, o que impede o seu conhecimento por esta Corte Superior, sob pena de supressão de instância.

IV. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

RELATÓRIO

Tendo em vista as orientações e valores destacados no Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples, o qual está pautado em instrumentos internacionais de direitos humanos e de acesso à Justiça, adoto o relatório de fls. 29-31 (e-STJ):

Trata-se de habeas corpus com pedido de liminar impetrado em favor de CARLOS DANIEL SILVA em que se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (Apelação Criminal 0000789-51.2018.8.26.0589).

O paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão em regime fechado, além do pagamento de 500 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006.

A apelação interposta pela defesa foi desprovida pelo Tribunal de origem.

A defesa alega: a) direito à causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, pois o paciente "reúne todas as condições necessárias para que pudesse ser beneficiado com o redutor acima, sendo injustamente condenado" (e-STJ fl. 4); b) ter o paciente direito à regime prisional semiaberto, consoante entendimento da Súmula 440 do STJ; e c) "direito à progressão das penas com 1/8, para ambos os crimes, haja vista que o paciente possui uma filha de 5 anos de idade com pai falecido, sendo a condenada a responsável pela criança, nos termos do artigo 112, §3º da LEP" (e-STJ fl. 6).

Requer, liminar e definitivamente, deferimento da ordem para aplicar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 e fixar o regime aberto, além de reconhecer o direito à progressão da pena em 1/8.

Alternativamente, requer a fixação do regime inicial semiaberto com o reconhecimento do direito à progressão de pena com o cálculo em 1/8.

A defesa busca, em suma, o reconhecimento do tráfico privilegiado e o

abrandamento do regime prisional ou a progressão de pena com o cálculo de 1/8.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 29-31).

A origem prestou informações (e-STJ fls. 34-37 e 41-61).

O Ministério Público se manifestou pela concessão parcial da ordem de *habeas corpus* (e-STJ fls. 65-74).

É o relatório.

VOTO

Quanto ao pedido de progressão de pena em 1/8, verifica-se que a matéria não foi debatida pelo Tribunal de origem. Assim, para não incorrer em supressão de instância, esta Corte não pode conhecer do tema.

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. COMPATIBILIDADE. ADEQUAÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR COM O REGIME PRISIONAL. PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.[...]6. O pedido de prisão domiciliar não foi examinado pelo Tribunal de origem, razão pela qual esta Corte Superior não pode conhecer do pleito, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.7. Agravo regimental não provido.(AgRg no RHC 178.447/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 22/5/2023).

O reconhecimento do tráfico privilegiado tem por fundamento a necessidade de distinguir o traficante contumaz e profissional daquele ainda neófito na vida criminoso.

Para a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 é necessário que o acusado preencha os seguintes requisitos legais: (i) ser primário; (ii) ter bons antecedentes; (iii) não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

A Corte local assim se manifestou sobre a controvérsia (e-STJ fl. 24):

*No tocante a fixação da pena o Magistrado "a quo" considerou que o apelante **ostenta outra condenação por tráfico de droga** no Município de LUIZ ANTONIO, pelo que ficou obstada a aplicação do redutor do parágrafo 4º., do artigo 33, da Lei no. 11.343/2006 - Lei de Drogas.*

Na fase do artigo 59, do Código Penal, a pena foi fundamentada. Foi fixada a pena base, analisadas as formas de acréscimo, dentro do critério trifásico. O regime prisional tem previsão legal e o comparativo derivado da Constituição Federal levado a efeito no Juízo de origem bem demonstrou a forma de cumprimento da pena. Rejeito as ponderações, argumentos da Defesa Apelante em contrário a este entendimento, como um todo. A versão antípoda é repelida por esta conclusão.

No caso, a minorante foi afastada com fundamento na existência de outra condenação pelo crime de tráfico de drogas (ação penal 1500057-42.2019.8.26.0530), por fato ocorrido em 03/01/2019, posterior ao crime objeto dos presentes autos (28/5/2018).

Não obstante, verifica-se que, por ocasião dos fatos, o paciente era primário e portador de bons antecedentes (e-STJ, fls. 9-11), o que torna indevido o afastamento da minorante, que deve ser reconhecida na fração máxima de 2/3, ante a pequena quantidade de entorpecente apreendido (3,4g de maconha - 12).

Conforme dispôs o magistrado sentenciante, ao analisar a pena, "os antecedentes não podem ser valorados de modo negativo, eis que não há notícia de condenação criminal transitada em julgado por crime praticado antes dos fatos em apreço neste processo (STJ, HC 189.385 e Súmula n.º 444)", sendo de rigor o reconhecimento da minorante pleiteada.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedente.

2. Contudo, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. NEGATIVA DE APLICAÇÃO. CONDENAÇÃO POR FATO POSTERIOR AO ORA EM ANÁLISE.

FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. O § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.

2. Atendidos os pressupostos legais à aplicação do benefício, imperiosa a mitigação da pena nos termos do supracitado dispositivo legal, tendo em vista que condenação por fato posterior ao ora em análise não tem o condão de afastar sua incidência, nos termos da Súmula 444/STJ. Precedentes.

3. Assim, tendo em vista a favorabilidade das circunstâncias judiciais e a pequena quantidade de droga apreendida - 36,40 g de maconha, mostra-se razoável e proporcional ao caso a redução da reprimenda em 2/3 (dois terços).

[...]

3. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a pena para 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial aberto e multa, determinando-se a substituição da pena privativa por restritivas de direitos, a serem designadas pelo Juízo competente.

(HC n. 380.247/RS, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 8/8/2017, DJe de 17/8/2017.)

Passo a redimensionar a pena.

Desse modo, considerada a pena intermediária fixada na origem, e aplicada a causa especial de aumento de pena em 2/3, a pena vai reduzida a 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa. Cabível o regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ante o exposto, **concedo a ordem** de habeas corpus para redimensionar a pena do paciente a 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, e 166 dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritiva de direitos, a serem definidas pelo juízo da execução.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0204726-9

HC 831.213 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00007895120188260589 7895120188260589

EM MESA

JULGADO: 05/11/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MATHEUS AUGUSTO AMBROSIO
ADVOGADO : MATHEU AUGUSTO AMBROSIO - SP214365
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS DANIEL SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.