HABEAS CORPUS Nº 855169 - SP (2023/0337865-5)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	CASSIANO FERNANDES PINTO DE CARVALHO - DEFENSOR PÚBLICO - SP330412
		DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	RHONI BRITO PRADO (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. ATOS INFRACIONAIS E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. INSUFICIÊNCIA PARA AFASTAR O REDUTOR. READEQUAÇÃO DA PENA. 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 Rhoni Brito Prado, condenado a 5 anos de reclusão em regime fechado e 500 dias-multa pela prática de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006). A defesa pleiteia a aplicação do redutor do tráfico privilegiado (§ 4º do art. 33 da Lei de Drogas) e a consequente modificação da pena e do regime prisional.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão central consiste em verificar se a existência de atos infracionais e a quantidade de droga apreendida são suficientes para afastar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que atos infracionais não configuram reincidência ou maus antecedentes e não podem, por si só, justificar a negativa da minorante do tráfico privilegiado, salvo se houver gravidade específica dos atos e proximidade temporal com o crime apurado.

4. No caso, o acórdão utilizou a existência de atos infracionais antigos e a quantidade de droga apreendida (17,2g de cocaína)

Documento eletrônico VDA44029180 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 17/10/2024 16:28:34
Código de Controle do Documento: 5a2beb6d-6698-4750-b5b8-81fd2ae1a2d9

para afastar o redutor, sem indicar concretamente a gravidade ou proximidade temporal dos atos infracionais.
5. Isoladamente, a quantidade de droga apreendida também não é elemento suficiente para justificar a negativa do redutor, conforme a jurisprudência desta Corte.
6. Diante da insuficiência dos fundamentos apresentados para afastar a aplicação do redutor, impõe-se o reconhecimento do tráfico privilegiado, com a redução da pena em 2/3, devido à primariedade e aos bons antecedentes do paciente.
7. Com a readequação da pena para 1 ano e 8 meses de reclusão, é possível a fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.
IV. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

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, 17 de outubro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora

Documento eletrônico VDA44029180 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 17/10/2024 16:28:34
Código de Controle do Documento: 5a2beb6d-6698-4750-b5b8-81fd2ae1a2d9

HABEAS CORPUS Nº 855169 - SP (2023/0337865-5)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	CASSIANO FERNANDES PINTO DE CARVALHO - DEFENSOR PÚBLICO - SP330412
		DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	RHONI BRITO PRADO (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. ATOS INFRACIONAIS E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. INSUFICIÊNCIA PARA AFASTAR O REDUTOR. READEQUAÇÃO DA PENA. 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 Rhoni Brito Prado, condenado a 5 anos de reclusão em regime fechado e 500 dias-multa pela prática de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006). A defesa pleiteia a aplicação do redutor do tráfico privilegiado (§ 4º do art. 33 da Lei de Drogas) e a consequente modificação da pena e do regime prisional.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão central consiste em verificar se a existência de atos infracionais e a quantidade de droga apreendida são suficientes para afastar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que atos infracionais não configuram reincidência ou maus antecedentes e não podem, por si só, justificar a negativa da minorante do tráfico privilegiado, salvo se houver gravidade específica dos atos e proximidade temporal com o crime apurado.

4. No caso, o acórdão utilizou a existência de atos infracionais antigos e a quantidade de droga apreendida (17,2g de cocaína)

Documento eletrônico VDA44029720 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 17/10/2024 16:30:59
Código de Controle do Documento: 20abea44-39f2-4fdb-94bc-1714f04a5079

para afastar o redutor, sem indicar concretamente a gravidade ou proximidade temporal dos atos infracionais.
5. Isoladamente, a quantidade de droga apreendida também não é elemento suficiente para justificar a negativa do redutor, conforme a jurisprudência desta Corte.
6. Diante da insuficiência dos fundamentos apresentados para afastar a aplicação do redutor, impõe-se o reconhecimento do tráfico privilegiado, com a redução da pena em 2/3, devido à primariedade e aos bons antecedentes do paciente.
7. Com a readequação da pena para 1 ano e 8 meses de reclusão, é possível a fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.
IV. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

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. 105/106 (e-STJ):

> *Trata-se de habeas corpus com pedido de liminar impetrado em favor de RHONI BRITO PRADO em que se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (Apelação Criminal 1514028- 45.2019.8.26.0320).*
>
> *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 teve negado provimento.*
>
> *A defesa alega: a) "evidente constrangimento ilegal porquanto não se aplicou o redutor do §4º, do art. 33 da Lei de Drogas, mesmo sendo ela primária, de bons antecedentes e não havendo provas robustas de que se dedique a atividades criminosas e nem que integre organizações criminosas"; b) "não há notícia de internação recente ou sobre qual ou quais medidas foram impostas nos autos elencados na certidão de distribuição da infância"; c) "as anotações infanto-juvenis dele, em sua maioria, são de 2015, 2016 e 2017, sequer houve a juntada da respectiva documentação na origem e não há notícia ou menção a gravidade específica e particular de qualquer ato infracional e, pior, como dito, sem qualquer nexo de causalidade entre o histórico infracional e o fato delituoso apurado nos autos."; d) "no expediente especificamente mencionado pelo MP em primeiro grau para denegar o benefício legal(cf. autos de conhecimento infracional nº 0001428-08.2015.8.26.0320 e Execução de MSE nº 0024445-39.2016.8.26.0320–vide anexos), o paciente teve a concessão de remissão, cumulada com liberdade assistida, ou seja, sequer teve a culpa devidamente reconhecida, não foi internado e, mais do que isso,*

Documento eletrônico VDA44029720 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 17/10/2024 16:30:59
Código de Controle do Documento: 20abea44-39f2-4fdb-94bc-1714f04a5079

foi perdoado pelo órgão acusatório, em manifestação chancelada pelo Poder Judiciário"; e) "é usuário e apenas guardava as porções para outras pessoas, bem como que na data dos fatos estava no local para usar drogas"; f) "a confissão judicial, o arrependimento externado em audiência, bem como a mudança de vida que o inculpado experimentou desde quando solto são elementos do caso específico, entre outros, que recomendam, evidentemente, a minorante"; e g) "a mera enunciação dos números das ações socioeducativas (sem a indicação de qualquer liame dos fatos então constitutivos dos atos infracionais com a prática do tráfico aqui analisada, sem os atos infracionais serem sensivelmente graves e, finalmente, sem serem temporalmente próximos da ocorrência do crime em tela) não induz e muito menos comprova o envolvimento recente e reiterado com o narcotráfico".

Requer, liminar e definitivamente, deferimento da ordem para: "a) se reconheça a aplicabilidade da causa de redução de pena do §4°, do art. 33 e, uma vez redimensionada a pena, b) que seja fixado o regime inicial aberto, ou ao menos semiaberto (que é o cabível pela reprimenda inferior a 08 anos, e aqui combatida, sendo primário o paciente) e, por fim, c) que ocorra a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, se presentes todos os requisitos para tanto, como tendem a assim se consolidar".

É o relatório.

A defesa alega, em síntese, a ocorrência de erro na dosimetria da pena.

Requer a concessão da ordem para obter a redução da pena aplicada ao paciente.

É o relatório.

VOTO

A controvérsia posta em julgamento é se a prática de atos infracionais, o consequente cumprimento de medidas socioeducativas e a quantidade de drogas apreendidas são elementos suficientes para negar a aplicação da causa de diminuição de pena do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

A respeito do fundamento com base em medidas socioeducativas, a 3ª Seção deste Superior Tribunal já firmou entendimento de que a presença de medidas socioeducativas não pode ser utilizada na terceira fase da dosimetria da pena para inferir a dedicação do acusado a atividades criminosas e impedir a aplicação do redutor, pois essas não configuram verdadeira pena criminal a ensejar reincidência ou maus antecedentes.

Essa inferência é permitida, excepcionalmente, quando houver "

Documento eletrônico VDA44029720 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 17/10/2024 16:30:59
Código de Controle do Documento: 20abea44-39f2-4fdb-94bc-1714f04a5079

fundamentação idônea que aponte a existência de circunstâncias excepcionais, nas quais se verifique a gravidade de atos pretéritos, devidamente documentados nos autos, bem como a razoável proximidade temporal de tais atos com o crime em apuração" (*EREsp n. 1.916.596/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, relatora para acórdão Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 8/9/2021, DJe de 4/10/2021)*.

A respeito da utilização da quantidade da droga apreendida como circunstância para inferir a dedicação à atividade criminosa e ao pertencimento à organização criminosa, a jurisprudência deste STJ é pacífica no sentido de que não é elemento suficiente.

Nesse sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE DROGAS (20 KG DE MACONHA). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO RECONHECIMENTO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. IMPOSSIBILIDADE DE, ISOLADAMENTE CONSIDERADA, TER O CONDÃO DE AFASTAR A MINORANTE. RECONHECIMENTO QUE SE IMPÕE. RETORNO DOS AUTOS PARA ESCOLHA DO PATAMAR DE REDUÇÃO APLICÁVEL AO CASO.*
>
> *[...].*
>
> *3. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que isoladamente consideradas, a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido, por si sós, não são suficientes para embasar conclusão acerca da presença das referidas condições obstativas e, assim, afastar o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado (AgRg no REsp n. 1.687.969/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 26/3/2018) - (AgRg no AREsp n. 1.480.074/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 1º/7/2019).*
>
> *4. Agravo regimental desprovido.*
>
> *(AgRg no REsp n. 2.071.188/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 18/12/2023, DJe de 20/12/2023 - grifos acrescidos.)*

> *PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUCIONAL. DOSIMETRIA DE PENA. PECULIARIDADES DO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE A SER OBSERVADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO PARA AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO OU MODULAÇÃO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CARACTERIZAÇÃO DE BIS IN IDEM. NÃO TOLERÂNCIA NA ORDEM CONSTITUCIONAL. RECURSO PROVIDO PARA RESTAURAÇÃO DA SENTENÇA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.*
>
> *[...]*

Documento eletrônico VDA44029720 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 17/10/2024 16:30:59
Código de Controle do Documento: 20abea44-39f2-4fdb-94bc-1714f04a5079

> *7. A utilização concomitante da natureza e da quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fases da dosimetria, nesta última para descaracterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena, configura bis in idem, expressamente rechaçado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (Tese de Repercussão Geral n. 712).*
>
> *8. A utilização supletiva desses elementos para afastamento do tráfico privilegiado somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa.*
>
> *9. Na modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, podem ser utilizadas circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não utilizadas de maneira expressa na fixação da pena-base.*
>
> *10. Recurso provido para restabelecimento da sentença.*
>
> *(REsp n. 1.887.511/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 9/6/2021, DJe de 1/7/2021 - grifos acrescidos.)*

O acórdão assim se manifestou acerca da aplicação da causa de diminuição (e-STJ fls. 99/100):

> *[...] Na etapa derradeira, a pena não sofreu alteração, ante a ausência de causas de aumento e/ou de diminuição.*
>
> *Ademais, anoto que andou bem o digno Magistrado sentenciante ao não aplicar a causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/2006. Nessa seara, anoto que o referido redutor não pode ser aplicado ao caso em tela, haja vista que tem por objetivo beneficiar somente o traficante eventual, de "primeira viagem", e não aqueles que estão inseridos em atividade criminosa, efetivamente comprometidos com o tráfico e que fazem do comércio de drogas o seu meio de vida, como, certamente, é o caso do apelante Rhoni, surpreendido com* ***quantidade razoável de droga****. Registre-se, ademais, por oportuno, que na aplicação do preceito o Juiz deve levar em conta, também, a culpabilidade do agente e as circunstâncias do delito, sem o que estará violando o princípio da individualização da pena e, no caso vertente, o réu demonstra acentuada periculosidade, mesmo porque possui* ***passagens e condenação por ato infracional equiparado ao tráfico de drogas*** *(certidão de fls. 24/26), o que reforça a impossibilidade de aplicação do referido redutor, pois denota sua dedicação a essa atividade criminosa.*

A minorante foi negada com fundamento na quantidade de droga apreendida (17,2g de cocaína) e na existência de condenação por ato infracional equiparado ao tráfico de drogas.

Não obstante, o acórdão não indicou qualquer gravidade específica e

Documento eletrônico VDA44029720 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 17/10/2024 16:30:59
Código de Controle do Documento: 20abea44-39f2-4fdb-94bc-1714f04a5079

concreta dos atos infracionais praticados, bem como não se indicou a proximidade temporal com os fatos ora em questão.

Sendo assim, na medida em que os argumentos aduzidos pelo acórdão são inidôneos para negar a aplicação da causa de diminuição de pena, aplico o redutor do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 e, tendo sido a quantidade de droga valorada na exasperação da pena-base, faço em seu patamar máximo de 2/3.

Passo a redimensionar a pena.

Considerando a pena-base estabelecida na origem em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, patamar inalterado na segunda fase, e reconhecida a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, no patamar de 2/3, torno definitivo o *quantum* de 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.

Não observando circunstâncias dignas de nota além daquelas já consideradas na dosimetria da pena, estabeleço o regime aberto como inicial de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, §2º , *c,* do CP.

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

Ante o exposto, concedo a ordem de *habeas corpus* para aplicar a causa de diminuição de pena do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06 e redimensionar a pena do Paciente para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos, além do pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal de origem e ao respectivo juízo de primeiro grau.

É o voto.

Documento eletrônico VDA44029720 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 17/10/2024 16:30:59
Código de Controle do Documento: 20abea44-39f2-4fdb-94bc-1714f04a5079

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2023/0337865-5 **HC 855.169 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15140284520198260320 1666402016

EM MESA JULGADO: 15/10/2024

Relatora
Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. ROBERTO DOS SANTOS FERREIRA

Secretário
Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO CASSIANO FERNANDES PINTO DE CARVALHO - DEFENSOR PÚBLICO - SP330412
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	RHONI BRITO PRADO (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.

Documento eletrônico VDA44002230 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO PEREIRA CRUVINEL, QUINTA TURMA Assinado em: 16/10/2024 17:39:19
Código de Controle do Documento: B092AF3B-CE49-4DD2-8D9C-31153F5CD81D