

HABEAS CORPUS 232.059 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI
PACTE.(S) : CAIO WELINGTON DOS SANTOS
IMPTE.(S) : GUSTAVO HENRIQUE MORENO BARBOSA
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 653.124 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO:

Vistos.

Trata-se de **habeas corpus**, sem pedido de liminar, impetrado contra decisão monocrática proferida por Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

Narram aos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, mais o pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, como incurso no art. 33, **caput**, § 4º, da Lei nº 11.343/06, sendo ao final a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos.

Inconformada, a acusação interpôs apelação perante o Tribunal local, que deu provimento ao recurso, a fim de afastar o tráfico privilegiado e, por conseguinte, redimensionar a pena em 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Impetrado o **writ** perante o STJ, restou não conhecido, mas foi concedida a ordem de ofício para fixar o regime inicial semiaberto, mantidos os demais termos da condenação.

O impetrante alega, em síntese, o direito do paciente à aplicação do redutor do tráfico privilegiado na fração máxima de 2/3, porquanto demonstrados os requisitos autorizadores da benesse legal, tal como reconhecido em primeiro grau de jurisdição.

Requer, ao final,

“1. O conhecimento e a concessão da ordem para que:

2. Seja reconhecida a aplicação do redutor do tráfico privilegiado, sendo, na oportunidade, restabelecida a sentença de primeiro grau em sua integralidade, com a redução da pena em seu máximo, bem como sua substituição.”

HC 232059 / SP

É o relatório. Fundamento e decido.

O art. 102, I, i, da Constituição Federal preceitua que a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originariamente o habeas corpus será inaugurada “[...] quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância”.

Na espécie, a ausência da análise pelo colegiado de Tribunal Superior, dos fundamentos constantes da decisão monocrática, impede, em regra, o conhecimento do writ nesta Suprema Corte.

Todavia, verifico a existência de flagrante ilegalidade a autorizar o afastamento do óbice.

Isso porque o Juízo de primeira instância, ao reconhecer o direito ao redutor do tráfico privilegiado, na sua fração máxima, referiu expressamente a quantidade de droga apreendida (4,7g de crack) e assim fundamentou:

“Na derradeira etapa do sistema trifásico, observa-se ser aplicável a minorante inscrita no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, pois, considerando os elementos constantes dos autos, estão preenchidos os requisitos legais (primariedade, bons antecedentes e ausência de participação em organização criminosa e de ligação com atividades delituosas). A redução deverá ser patamar máximo, considerando que não houve apreensão de grande quantidade de entorpecentes e inexistem elementos para afastar a redução no maior patamar. Assim, reduzo a pena em 2/3, fixando-a em 01 ano e 08 meses de reclusão e 166 dias-multa.”

Não se desconhece a jurisprudência da Corte no sentido de admitir a consideração da quantidade e a qualidade da droga apreendidas na

HC 232059 / SP

terceira fase da dosimetria para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 (ARE-RG 666.334, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 6/4/14 e HC 201678, Rel. Min. **Roberto Barroso**, Primeira Turma, DJe 30/8/2021).

Todavia, no presente caso, a quantidade apreendida não é ínfima, mas também não é exorbitante a ponto de impedir, por si só, a aplicação do redutor no grau máximo.

Dessa forma, evidente tratar-se de pequeno traficante, que faz jus à fixação do redutor ao patamar de 2/3.

Nesse sentido, destaco os seguintes julgados de ambas as Turmas:

“Penal e Processual Penal. Agravo regimental em habeas Corpus. Tráfico de drogas. Dosimetria da pena. Causa de diminuição. Regime prisional. Fundamentação. Necessidade. Ordem concedida. Agravo regimental a que se nega provimento. **1. Caso concreto envolvendo paciente primária e de bons antecedentes, menor de 21 anos na data dos fatos, condenada a 5 anos de reclusão, em regime semiaberto, pelo tráfico de quantidade não relevante de drogas (53,3 g de cocaína). Circunstâncias essas que desautorizam a exasperação, automática ou mecânica, da reprimenda, com apoio no art. 42 da Lei de Drogas. 2. À falta de fundamentação idônea para a recusa da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, em se tratando de pequena traficante, primária e de bons antecedentes, mãe de três filhos menores de 12 anos, a ordem deve ser concedida, com a incidência da minorante. 3. Precedentes do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a “causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 não pode ser indeferida com apoio em ilações ou em conjecturas de que o réu se dedique a atividades ilícitas ou integre organização criminosa” (HC 111.309, de minha relatoria). No mesmo sentido, o HC 192.167, Redator para o acórdão o Min. Alexandre de Moraes; e o RHC 116.049, Rel. Min. Dias Toffoli.**

HC 232059 / SP

4. O regime prisional aberto se afigura, no caso, resposta estatal necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime (art. 59 do CP). 5. Agravo regimental a que se nega provimento” (HC 203738 AgR, Relator o Ministro **ROBERTO BARROSO**, Primeira Turma, DJe 12/11/2021).

“AGRAVO INTERNO EM HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. RAZÕES NÃO APRECIADAS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. **PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTO IDÔNEO PARA AFASTAR O TRÁFICO PRIVILEGIADO.** 1. É inviável o agravo interno que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada. 2. Não se admite o habeas corpus quando as razões apresentadas pela parte impetrante não houverem sido apreciadas pelo Tribunal apontado como coator, por caracterizar-se inadmissível supressão de instância. **3. A pequena quantidade de droga apreendida, por si só, não é fundamento idôneo para afastar a redução do tráfico privilegiado.** 4. Ficou evidenciado, no caso, tratar-se de **pequeno traficante, eventual ou de menor potencial, que faz jus à aplicação da causa especial de redução de pena (tráfico privilegiado), nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.** 5. Agravo interno provido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício, para determinar o refazimento da dosimetria da pena, com a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas” (HC 208115 AgR, Relator o Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI**, Relator(a) p/ Acórdão o Ministro **NUNES MARQUES**, Segunda Turma, DJe 3/3/2022).

Ante o exposto, **nego seguimento** à impetração, mas **concedo, de ofício, a ordem de habeas corpus**, para restabelecer a sentença de

HC 232059 / SP

primeiro grau.

Deem ciência do teor da decisão ao Superior Tribunal de Justiça e ao TJSP.

Publique-se.

Brasília, 31 de agosto de 2023.

Ministro **DIAS TOFFOLI**

Relator

Documento assinado digitalmente

Impresso por: 119.393.877-52 - GUSTAVO HENRIQUE MORENO BARBOSA
Em: 31/08/2023 - 18:45:49