



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 809198 - SP (2023/0084617-1)

RELATOR : **MINISTRO MESSOD AZULAY NETO**
IMPETRANTE : LUCAS HERNANDES LOPES E OUTRO
ADVOGADOS : LUCAS HERNANDES LOPES - SP448274
HENRIQUE BASSI DA SILVA - PR107840
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THAUAN GUSTAVO APARECIDO MARSSO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de **THAUAN GUSTAVO APARECIDO MARSSO** contra o v. acórdão prolatado pelo **eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado às penas de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 510 (quinhentos e dez) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação ao Tribunal de origem, que negou provimento ao apelo, nos termos do acórdão juntado às fls. 19-28.

No presente **writ**, o impetrante sustenta que não houve fundamentação idônea a justificar a não aplicação da redutora capitulada no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, vez que o paciente é primário, de bons antecedentes, bem como não há provas de que se dedique às atividades criminosas e nem que integre organizações criminosas.

Outrossim, aduz que, "*ao inovar na fundamentação para se manter a negativa do redutor, a Autoridade Coatora trouxe flagrante prejuízo ao Paciente que, de forma equivocada, teve obstado o reconhecimento do art. 33, §4º da Lei 11.343/06, o que conforme já demonstrado, é vedado pelos Tribunais Superiores.*"

Igualmente, defende que "*resta indubitável a utilização de elementos desprovidos de legitimidade para afastar a aplicação do redutor do parágrafo 4º, quais sejam, 1) a quantidade de droga valorada na sentença de forma a configurar evidente bis in idem e 2) passagens por atos infracionais – argumento acrescido em sede de Acórdão*

em recurso exclusivo da defesa (Reformatio in pejus) – sem a demonstração da gravidade concreta dos atos pretéritos, exigida pela jurisprudência deste STJ."

Requer, ao final, a concessão da liminar, "*para que seja expedido alvará de soltura ao Paciente até o julgamento de mérito do presente writ*". No mérito, requer a aplicação do redutora do tráfico privilegiado (fls. 3-11).

O pedido liminar foi indeferido.

As informações foram prestadas às fls. 45-58.

O Ministério Público Federal, às fls. 62-68, manifestou-se pelo não conhecimento do **habeas corpus** e, se caso conhecido, pela denegação da ordem.

Pedido de sustentação oral à fl. 11.

É o breve relatório.

Decido.

O impetrante sustenta que não houve fundamentação idônea a justificar a não aplicação da redutora capitulada no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, vez que o paciente é primário, de bons antecedentes, bem como não há provas de que se dedique às atividades criminosas e nem que integre organizações criminosas.

Outrossim, aduz que, "*ao inovar na fundamentação para se manter a negativa do redutor, a Autoridade Coatora trouxe flagrante prejuízo ao Paciente que, de forma equivocada, teve obstado o reconhecimento do art. 33, §4º da Lei 11.343/06, o que conforme já demonstrado, é vedado pelos Tribunais Superiores.*"

Igualmente, defende que "*resta indubitável a utilização de elementos desprovidos de legitimidade para afastar a aplicação do redutor do parágrafo 4º, quais sejam, 1) a quantidade de droga valorada na sentença de forma a configurar evidente bis in idem e 2) passagens por atos infracionais – argumento acrescido em sede de Acórdão em recurso exclusivo da defesa (Reformatio in pejus) – sem a demonstração da gravidade concreta dos atos pretéritos, exigida pela jurisprudência deste STJ."*

Inicialmente, cumpre registrar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena, quando não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e houver flagrante ilegalidade.

No tocante à aventada **reformatio in pejus**, não vislumbro ilegalidade quanto ao ponto, uma vez que é entendimento desta Corte Superior que "*não ocorre reformatio*

in pejus, quando o Tribunal local, em sede de apelação exclusiva da defesa, inova na fundamentação empregada na dosimetria ou na fixação do regime prisional inicial, sem, contudo, agravar a situação final do acusado. O efeito devolutivo amplo da apelação autoriza o Tribunal, quando provocado a se manifestar sobre algum critério da dosimetria, a reanalisar as circunstâncias judiciais e a rever todos os termos da individualização da pena definidos no decreto condenatório.” (AgRg no HC 622.359/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe16/11/2020).

Há, contudo, ilegalidade flagrante na fundamentação adotada para ensejar o afastamento da redutora capitulada no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006.

Quanto à referida redutora, o parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06 dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o **percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06**, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

In casu, o Tribunal de origem afastou a incidência da redutora em razão de **ostentar o paciente passagens por atos infracionais**, bem como em razão de **não ter comprovado desempenho de atividade lícita**.

Consignou-se, contudo, que **não possui maus antecedentes e que não é reincidente**.

No tocante à existência de registros de atos infracionais, consoante orientação exarada no bojo do EREsp n. 1.916.596, para que seja possível o afastamento da referida redutora com base em tal fundamentação, deve-se **apurar a gravidade de tais atos, que devem estar devidamente documentados nos autos**, bem como deve ser verificado o **lapso temporal decorrido entre eles e o crime em apuração**, observados os critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

No presente caso, é forçoso reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, uma vez que **não foi tecida qualquer consideração apta a demonstrar a proximidade**

temporal entre o ato infracional e o crime em comento, nem foi mencionada a gravidade concreta dos referidos atos infracionais pretéritos.

Nesse sentido: EREsp 1916596/SP, **Terceira Seção**, Rel. Ministro **Joel Ilan Paciornik**, Rel. p/ Acórdão Ministra **Laurita Vaz**, DJe 04/10/2021; EDcl no REsp 1881115/DF, **Sexta Turma**, Rel. Ministro **Olindo Menezes**, Desembargador convocado do TRF 1ª Região, DJe 15/02/2022; AgRg no HC n. 744.924/SP, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 31/8/2022.

Ademais, o fato de não possuir o paciente ocupação lícita, sem remissão às demais peculiaridades do crime que evidenciem condutas repetidas na atuação da mercancia, **não demonstra que ele se dedicava às atividades criminosas, nem que integrava organização criminosa.**

Nesse sentido: AgRg no AREsp n. 2.128.183/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministro **Olindo Menezes** (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), DJe de 17/10/2022; AgRg no HC 691.575/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Jesuino Rissato**, Desembargador convocado do TJDFT, DJe 15/02/2022.

Assim, fixo a redutora do tráfico privilegiado no patamar máximo de 2/3, uma vez que a quantidade e a natureza dos entorpecentes já foram utilizadas para exasperar a pena-base do paciente, ficando a reprimenda fixada em **01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 170 (cento e setenta) dias-multa.**

Em relação ao regime inicial de cumprimento de pena, na hipótese, não obstante a primariedade do paciente, considerando a existência de circunstância judicial desfavorável, utilizada para exasperar a pena-base (apreensão de cerca de **14kg de maconha e de 2kg de cocaína**), a fixação do regime mais gravoso sequente, qual seja, o **semiaberto**, mostra-se adequada ao caso, em consonância com o entendimento desta Corte, **ex vi** do art. 33, § 2º, “b”, e § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/2006, não havendo que se falar em ilegalidade quanto ao ponto.

Confira-se: AgRg no HC n. 568.801/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Felix Fischer**, DJe de 17/06/2020; AgRg no HC n. 540.202/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe de 14/02/2020; e RCD no HC n. 558.257/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 16/04/2020.

Também cito os seguintes precedentes deste Tribunal Superior: HC 412.593/PE, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, DJe 17/10/2017; e HC n.

340.084/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 13/6/2016.

No que tange ao pleito de substituição da pena de privativa de liberdade por restritivas de direitos, inexistente qualquer ilegalidade a ser sanada, uma vez que o art. 44 do Código Penal **faculta** ao julgador a substituição da pena privativa por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direito.

Desse modo, considerando que o paciente detém circunstâncias judiciais desfavoráveis, as razões exaradas pelas instâncias ordinárias se encontram devidamente fundamentadas e idôneas.

Nesse sentido: HC 355.753/RS, **Sexta Turma**, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, DJe 20/09/2016.

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem de **habeas corpus**, para estabelecer a sanção do paciente em **01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 170 (cento e setenta) dias-multa**, bem como fixar o regime prisional **semiaberto** para o início do cumprimento da pena.

P. e I.

Brasília, 31 de maio de 2023.

Ministro Messod Azulay Neto
Relator