



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 924309 - SP (2024/0229702-2)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : MURILO MARTINS MELO DE SOUZA
ADVOGADO : MURILO MARTINS MELO DE SOUZA - SP438931
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALESSANDRO BEZERRA DE OLIVEIRA JUNIOR (PRESO)
CORRÉU : VANESSA PASCHOALINI SILVA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA. 3,25 G DE CRACK. INJUSTIFICADO AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ILEGALIDADE FLAGRANTE. REDUÇÃO DA PENA QUE SE IMPÕE, COM A CONSEQUENTE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL MAIS BRANDO E SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PRECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

Ordem concedida nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de **Alessandro Bezerra de Oliveira Junior**, em que se aponta como órgão coator o Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação Criminal n. 1500275-68.2021.8.26.0605 - fls. 11/32).

Depreende-se dos autos que o Juízo de Direito da 2ª Vara da comarca de Andradina/SP, na Ação Penal n. 500275-68.2021.8.26.0605, julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal deduzida na denúncia para condenar o ora paciente como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (**3,25 g de crack**), à pena de 4 anos e 1 mês de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 417 dias-multa, facultado o recurso em liberdade (fls. 11/32).

Interposta a apelação, o Tribunal *a quo*, por unanimidade, negou provimento ao recurso defensivo e deu parcial provimento ao ministerial para afastar a figura

privilegiada em relação ao ora paciente e elevar sua pena a 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, mantida, no mais, a sentença recorrida (Apelação Criminal n. 1500275-68.2021.8.26.0605 - fls. 11/32).

Impetrado o *Habeas Corpus* n. 904.406/SP, foi concedida a ordem de ofício, a fim de fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena imposta a Alessandro Bezerra de Oliveira Junior na Apelação Criminal n. 1500275-68.2021.8.26.0605.

Daí o presente *writ*, no qual a defesa almeja, liminarmente e no mérito, seja sanado o constrangimento ilegal apontado, a fim de que se reduza a pena imposta, aplicando-se o disposto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar máximo previsto, tendo em vista o preenchimento dos requisitos legais exigidos, bem como a fixação de regime menos severo que o fechado e a eventual aplicação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do CP, observando-se, ainda, o disposto no art. 387 do Código de Processo Penal (fls. 3/19).

Liminar indeferida em 25/6/2024.

Informações prestadas pela origem (fls. 60/88).

Por meio da Petição eletrônica n. 00672806/2024, a defesa técnica requer a concessão da ordem de *Habeas Corpus*, aplicando-se a minorante do tráfico privilegiado em grau máximo, com a consequente substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, conforme Súmula Vinculante 59 (fl. 94).

Em parecer, o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem (fls. 96/104).

É o relatório.

No caso, há constrangimento ilegal passível de ser reparado por meio da via eleita.

Com efeito, o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, porque incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 11/25).

A partir desse contexto, a revisão da dosimetria da pena, *na via do habeas corpus, somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC n. 304.083/PR, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 12/3/2015) - (AgRg no HC n. 903.937/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 29/4/2024).*

Erigida essa premissa, oportuna a manifestação, no que interessa, da Procuradoria-Geral da República, acerca da concessão da ordem, *in verbis* (fls. 102/104):

[...]

A aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06 está condicionada ao preenchimento concomitante dos seguintes requisitos legais: primariedade, bons antecedentes e agente que não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa. O objetivo da norma é atribuir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, conforme reconhece a jurisprudência (HC n. 437.178/SC, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 11/6/2019).

O acórdão do Tribunal de origem não apresentou fundamentação suficiente para afastar a minorante do tráfico privilegiado. A quantidade de droga encontrada em poder dos acusados não é elevada (3,25 gramas de crack no total) e, sem o acréscimo de outras circunstâncias concretas indicativas de dedicação ao tráfico, não se justifica o afastamento da referida causa de diminuição. Nesse marco, não é cabível demonstrar a habitualidade delitiva do réu por menção de que a prática delituosa ocorrida na residência do casal indicaria a existência de um ponto permanente de comércio de drogas, sem qualquer registro concreto. Nesse sentido:

[...]

Quanto ao cumprimento de pena, o artigo 33, §3º do CP determina que o regime inicial será fixado com a observância dos critérios previstos no art. 59 do mesmo Código. Vale dizer, a fixação do regime de cumprimento da pena deve pautar-se nos fatos e circunstâncias judiciais concretamente havidos e demonstrados, nos termos do art. 59 do CP. No caso, trata-se de paciente tecnicamente primário, com pena-base fixada no mínimo legal.

Assim, aplicada a minorante do tráfico privilegiado, tem-se por cabível a aplicação da Súmula Vinculante n. 59 do STF: "É impositiva a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06) e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP), observados os requisitos do art. 33, §2º, alínea c, e do art. 44, ambos do Código Penal".

[...]

Não há violação dos preceitos processuais quando *o Magistrado adota os termos da manifestação ministerial como razões de decidir* (RHC n. 31.266/RJ, Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Quinta Turma, DJe 18/4/2012).

Ilustrativamente: HC n. 400.807/SP, da minha relatoria, Sexta Turma, DJe 2/10/2017.

Feitas essas considerações, verifico ilegalidade flagrante apta à concessão da ordem nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal.

Pelo exposto, com base na jurisprudência firmada, **expeço** a ordem para que seja aplicada a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em seu patamar máximo, fixado o regime prisional de acordo com o *quantum* de pena definitivamente estabelecido e, cumpridos os requisitos do art. 44 do Código Penal, substituída a pena privativa de liberdade, nos termos desta decisão.

Comunique-se.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 20 de setembro de 2024.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator