



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 682586 - SP (2021/0233853-9)

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
FERNANDO NICOLÁS PENCO JUVÉ - SP420395  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : THIAGO CESAR DA SILVA (PRESO)  
**CORRÉU** : ALBERTO MORAES DO NASCIMENTO  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### DECISÃO

Cuida-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de THIAGO CESAR DA SILVA em que se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (Apelação Criminal n. 0001238-25.2018.8.26.0616).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos reclusão em regime semiaberto, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Sustenta a impetrante a existência de constrangimento ilegal, ao argumento de que o paciente faria jus à causa especial de diminuição de pena pelo tráfico privilegiado, em seu patamar máximo, em razão do preenchimento dos requisitos legais.

Defende que estaria autorizado o abrandamento do modo prisional.

Por fim, alega ter o condenado direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requer, liminarmente, seja deferido ao paciente o direito de aguardar o julgamento deste *writ* em regime aberto. No mérito, pugna pela concessão da ordem para que seja aplicado o redutor do art. 33. § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no patamar máximo, fixando regime diverso do fechado, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

É, no essencial, o relatório. Decido.

Em juízo de cognição sumária, verifica-se que inexistente flagrante ilegalidade que justifique o deferimento do pleito liminar em regime de plantão.

Considerando que o pedido se confunde com o próprio mérito da impetração, deve-se reservar ao órgão competente a análise mais aprofundada da matéria por ocasião do julgamento definitivo.

Extrai-se do acórdão impugnado(e-STJ fls. 20-30):

*No que concerne às reprimendas impostas, a r. sentença não demanda reparo.*

*Inicialmente, verifica-se que, sopesadas as diretrizes do artigo 59 do Código Penal e do artigo 42 da Lei de Drogas, a pena -base foi fixada no patamar legal, para ambos os réus.*

[...]

No que tange a THIAGO, em que pese a primariedade, também não deve ser beneficiado com o redutor.

Acerca da controversa questão relativa à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em nova reflexão sobre o tema (norteadas pelo intuito de alcançar o verdadeiro propósito do legislador ao editar o Estatuto Antidrogas), estou revendo meu entendimento, a fim de adotar, como parâmetros para a concessão, ou não, de aludida minorante, a par daqueles legalmente estabelecidos, a quantidade e, sobretudo, a natureza da substância entorpecente traficada.

Com efeito, na minha concepção, para concluir pela ocorrência, no caso concreto, da figura privilegiada do tráfico de drogas, deve o Julgador apurar não apenas a presença dos requisitos exigidos pela norma do § 4º do artigo 33 da Lei Antitóxicos a saber, tratar-se de réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa, mas, também, se o fato penal posto em julgamento ostenta, efetivamente, contornos reveladores da menor periculosidade social do agente.

E esta última análise perpassa, de forma inarredável, pelo exame acerca da quantidade de tóxico comercializada indispensável para determinar se se está realmente diante do chamado "traficante de primeira viagem" ou, ao revés, de indivíduo que possui alguma experiência no ramo da nefasta mercancia e, de igual modo, pela verificação do maior ou menor nível de perniciosidade da substância entorpecente traficada a indicar a existência, ou não, de alto grau de nocividade à saúde pública (bem jurídico penalmente tutelado no delito de tráfico ilícito de drogas).

[...]

Dito de outro modo, tenho para mim que não basta, para a concessão da causa especial de diminuição de pena contemplada no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, a mera satisfação dos pressupostos a que se refere o dispositivo legal ora em comento; é necessário, também, estar-se diante de ação típica que revele, seja pela ínfima quantidade de tóxico traficada, seja pelo baixo nível de lesividade do entorpecente comercializado, um grau de censurabilidade pequeno a ponto de permitir sua rotulação como tráfico privilegiado.

A esta altura, aliás, cabe anotar, apenas a título de reforço argumentativo, que um dos fundamentos da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei Antitóxicos reside na necessidade de se buscar a efetivação do princípio da individualização da pena, não havendo, pois, cogitar-se de afronta ao postulado da proporcionalidade e, de forma geral, a qualquer preceito do ordenamento jurídico-constitucional, até

*porque a aplicação de tal regra pressupõe sempre a análise das circunstâncias pessoais do agente criminoso e, também, dos contornos Micos da causa penal.*

*[...]*

*Feita essa breve exposição e voltando os olhos à hipótese em tela, observa-se que, conquanto locupletados os pressupostos elencados no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, in casu, a quantidade de drogas e o alto grau de perniciosidade das substâncias entorpecentes traficadas (50 porções de cocaína, 20 de crack e 14 de maconha) indicam um maior grau de reprovabilidade na conduta do agente, a evidenciar, por conseguinte, não ser possível enquadrá-la na figura privilegiada do tráfico de drogas.*

*Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que não foram preenchidos os requisitos descritos no artigo 44 do Código Penal.*

*Quanto ao regime prisional impositivo à espécie, correta a adoção da modalidade inicial fechada, pois, inobstante o tempo de prisão provisória do apelante, tem-se que a opção pelo módulo carcerário mais rigoroso atende, sobretudo em virtude da gravidade concreta da hipótese vertente, da reincidência e dos maus antecedentes do réu, ao disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal, não havendo, dessarte, falar-se na incidência, in casu, das Súmulas ns. 440 do Colendo Superior Tribunal de Justiça e 718 e 719 do Pretório Excelso, tampouco do regramento contido nos artigos 33, § 2º, e 59, ambos do Estatuto Repressor, e 387, § 2º, do Código de Processo Penal (acrescentado pela Lei nº 12.736/12).*

*Mister observar, contudo, que ALBERTO foi beneficiado com o regime intermediário, que deve ser mantido, tendo em vista a ausência de recurso ministerial e em respeito à vedação da reformatio in pejus.*

*Nada há, portanto, a ser reparado.*

*Diante do exposto, nega-se provimento aos apelos.*

Ressalte-se que, “por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em habeas corpus apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório” (AgRg no HC n. 605.864/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe de 3/11/2020).

Ante o exposto, indefiro o pedido de liminar.

Solicitem-se informações ao Tribunal de origem, que deverão ser prestadas preferencialmente por malote digital e com senha de acesso para consulta ao processo.

Após, dê-se vista ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 23 de julho de 2021.

MINISTRO JORGE MUSSI  
Vice-Presidente, no exercício da Presidência