HABEAS CORPUS Nº 494.625 - SP (2019/0050409-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO RODRIGO GRUPPI CARLOS DA COSTA - SP389339
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	FLAVIA KAROLINE DE OLIVEIRA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio e com pedido de liminar impetrado em favor de **FLAVIA KAROLINE DE OLIVEIRA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

A paciente foi sentenciada como incursa nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 anos de reclusão em regime inicial fechado mais o pagamento de 500 dias-multa.

Irresignada, a defesa apelou, tendo sido dado parcial provimento ao recurso para reduzir a pena para 3 anos e 4 meses de reclusão e 333 dias-multa, mantido o regime inicial fechado em julgado assim ementado:

> "Tráfico de entorpecentes - Prisão em flagrante - Apreensão de quantidade relevante de maconha, cocaína e *crack* - Confissão extrajudicial - Silêncio em juízo - Depoimento dos policiais seguros, coerentes e sem desmentidos - Responsabilidade penal da apelante bem comprovada - Impossibilidade de desclassificação para o art. 28, da Lei de Drogas - Condenação mantida;
> Tráfico de entorpecentes - Ré primária e sem antecedentes - Ausência de prova de que integre associação criminosa ou que se dedique a essas atividades - Aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 - Cabimento - Regime prisional correto - Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito - Benefício não recomendado ao caso - Recurso parcialmente provido." (e-STJ, fl. 45.)

Neste *writ*, aponta a Defensoria Pública que a sentença teria incorrido em *error in judicando*, uma vez que "preenchendo todos os requisitos legais, a aplicação máxima da causa de diminuição de pena prevista no § 4º da Lei n. 11.343/2006, em seu grau máximo, não constitui mera faculdade conferida ao magistrado, mas direito subjetivo da ré" (e-STJ, fl. 7).

Defende ainda a necessidade de estabelecimento de regime prisional aberto, em razão do *quantum* de pena aplicado, a teor do que dispõem as Súmulas n. 718 e 719/STF e 440/STJ.

Pedido de liminar indeferido (e-STJ, fl. 56).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação do *habeas corpus* (e-STJ, fls. 60-63).

É o relatório.

Decido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no

sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus* de ofício.

O Juízo sentenciante, ao condenar a paciente à pena de 3 anos e 4 meses de reclusão e 333 dias-multa, aplicou o redutor utilizando-se da fração de 1/3 (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) nos seguintes termos:

> "Nessa esteira, conquanto a ré seja juridicamente primária, não faz jus a aplicação do disposto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 ante a sua dedicação ao tráfico, pois admitiu aos beleguins que o fazia há uma semana e de maneira organizada, com horário estabelecido e remuneração fixada, ou seja, ela adotou o comércio espúrio como profissão e continuaria a exerce-la por longo tempo (dada a notória rentabilidade) caso não fosse detida, razão pela qual seu perfil não se enquadra ao aludido benefício à luz do permissivo previsto no art. 42 da norma regente, que tem amplo respaldo jurisprudencial." (e-STJ, fl.14.)

A Corte de origem aplicou a fração de redução em 1/3 sob a seguinte motivação:

> "[...]. Nesse mister, tem-se que a pena base foi criteriosamente fixada no mínimo legal e assim permaneceu na segunda etapa, diante da ausência de circunstâncias modificadoras.
> Entretanto, na terceira fase, tratando-se de acusada primário e sem antecedentes desabonadores; e como não há prova concreta de que se dedicasse a atividades criminosas ou integrasse organização desse porte, impossível negar a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.
> Trata-se, na verdade, de causa de diminuição de pena que tem incidência quando demonstrada a presença de seus requisitos legais, sem que a mera presunção, com a devida vertia, possa afastar o benefício previsto.
> Assim, considerando-se a quantidade, variedade e nocividade de drogas apreendidas (circunstâncias que não foram observadas na primeira fase de dosimetria), tem-se como justa e suficiente à reprovação da conduta a redução da pena de 1/3, o que a torna definitiva em 3 anos e 4 meses de reclusão e 333 dias-multa, de valor unitário mínimo." (e-STJ, fls. 50-51.)

A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida de um sexto a dois terços quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

Como é cediço, o legislador, ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida.

Na falta de parâmetros legais para a fixação do *quantum* dessa redução, os Tribunais superiores têm decidido que a quantidade e a natureza da droga apreendida,

além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (HC n. 401.121/SP, rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe de 1º/8/2017 e AgRg no REsp n. 1.390.118/PR, rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe de 30/5/2017).

In casu, o Tribunal *a quo* estabeleceu o patamar de "redução de pena em 1/3, em razão da quantidade, da variedade e nocividade das drogas apreendidas – (36 invólucros de cocaína (28,49g), 13 invólucros de *crack* (2g) e 8 porções de maconha (15,23g), substâncias entorpecentes capazes de causar dependência física ou psíquica, sem autorização legal ou regulamentar" (e-STJ, fl. 46-51) – consoante depoimento idôneo dos policiais que realizaram o flagrante, colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Desse modo, apresentados motivos idôneos para o índice definido, a alteração desse *quantum* é questão afeta à atividade discricionária do julgador, que só pode ser revista quando verificada sua desproporcionalidade, o que não é o caso dos autos.

A propósito, vejam-se os seguintes precedentes que respaldam esse entendimento:

> "*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. NULIDADE NÃO EVIDENCIADA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). QUANTUM DE REDUÇÃO. PROPORCIONALIDADE. TRÁFICO PRIVILEGIADO (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). HEDIONDEZ. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REGIME FECHADO. PENAS SUPERIORES A 4 E INFERIORES A 8 ANOS. GRAVIDADE CONCRETA. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. ART. 33, § 3º, DO CP E ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PATAMAR DAS REPRIMENDAS SUPERIOR A 4 ANOS. *WRIT* NÃO CONHECIDO.
> 1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.
> [...]
> 3. Os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para aplicar ao caso concreto a fração de 1/6 da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em razão da quantidade, natureza e variedade das drogas apreendidas, estão em consonância com o entendimento desta Corte.
> [...]
> 5. A fixação das penas privativas de liberdade em patamar superior a 4 (quatro) anos impede as suas substituições por restritivas de direitos (art. 44, I, do Código Penal - CP).
> *Habeas corpus* não conhecido." (HC 228.775/MG, rel. Ministro

> JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, j. 17/8/2017, DJe 28/8/2017.)
>
> "*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO FIXADA EM 1/6. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO UTILIZADA. REGIME PRISIONAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. ELEVADA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.
> 1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.
> 2. Deve ser mantida a fração redutora de 1/6, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o acórdão, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamenta, concretamente, na quantidade da droga apreendida.
> [...]
> 5. *Habeas corpus* não conhecido." (HC 401.240/SP, rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, j. 27/6/2017, DJe 1º/8/2017.)

Quanto ao regime prisional, a Corte de origem assim se manifestou:

> "Em relação ao regime de cumprimento de pena, cumpre considerar que o tráfico de drogas causa indiscutível abalo à ordem pública, na medida em que o traficante consegue atingir um número elevado de pessoas, que acabam se envolvendo em outros delitos. Por isso, de rigor a segregação do agente por mais tempo no regime fechado, onde poderá demonstrar aptidão e preparo para voltar a conviver em sociedade.
> Tampouco é o caso de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o traficante, longe de ser agraciado com os benefícios reservados a crimes menos graves, deve ser retirado da sociedade, cada vez mais temerosa e abalada com o avanço da criminalidade." (e--STJ, fls. 51-52.)

A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e os a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento as diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com a preponderância a natureza e a quantidade da substância

entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

In casu, o regime mais gravoso (fechado) foi imposto com base em mera fundamentação *ope legis*, decorrente de norma já declarada inconstitucional, o que não é admissível segundo reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp 1.434.726/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015; AgRg no REsp 1.523.103/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 3/8/2015).

Dessa forma, estabelecida a pena final em patamar inferior a 4 anos de reclusão, verificada a primariedade do agente e a análise favorável das circunstâncias judiciais, o regime aberto é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva, de acordo com o disposto no art. 33, § 2º, alínea "c", do CP, sobretudo quando não significativa a quantia de entorpecente apreendido.

No mesmo sentido:

> "PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PENA INFERIOR À 4 (QUATRO) ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. ENUNCIADOS 440 DO STJ E 718 E 719 DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
> 2. Conforme o entendimento reiterado desta Corte, a gravidade abstrata acerca do crime, não justifica à fixação de regime prisional mais gravoso, sobretudo quando o condenado é primário e detentor de bons antecedentes e a pena-base foi fixada no mínimo legal, como na hipótese. Viola o entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça e nas Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.
> 3. O quantum da condenação (3 anos e 6 meses), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea "c", do CP.
> 4. Havendo o paciente preenchido os requisitos do art. 44 do Código Penal, deve a pena corporal ser substituída por penas restritivas de direitos.
> 5. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo competente." (HC 327.852/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 09/12/2015)

Por fim, pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente, circunstâncias judiciais favoráveis e quantidade não significativa de droga apreendida), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser definida pelo Juízo de primeiro grau (AgRg no REsp 1.622.395/SP, Rel. Ministro

REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 05/12/2016).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem, **de ofício**, para fixar o regime aberto como o inicial para o cumprimento da pena reclusiva, assim como para substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser estabelecida pelo Juízo da execução.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 08 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator