

**HABEAS CORPUS Nº 514.843 - SP (2019/0166244-2)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : DIOGO DE PAULA PAPEL  
**ADVOGADO** : DIOGO DE PAULA PAPEL - SP345748  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : ALINE GENOVEVA SILVA (PRESO)

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **ALINE GENOVEVA SILVA** em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Colhe-se dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou a paciente à pena privativa de liberdade de 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, por incurso no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006.

O Tribunal de origem deu provimento ao apelo defensivo e ficou a pena privativa de liberdade em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado.

Neste *writ*, o impetrante sustenta que: **a)** estão presentes os requisitos legais os quais autorizam a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de drogas, na medida em que a paciente é mãe de 04 filhas menores de 12 anos, possui trabalho lícito, é primária, possuidora de ótimos antecedentes e residência fixa; **b)** com a aplicação do § 4º do art. 33, deverá haver a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos dos arts. 33 e 44 do Código Penal.

Pleiteia a suspensão da expedição do mandado de prisão. Requer, ainda, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em seu grau máximo, bem como a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

**É o relatório.**

A concessão de liminar em *habeas corpus* constitui medida excepcional, uma vez que somente pode ser deferida quando demonstrada, de modo claro e indiscutível, ilegalidade no ato judicial impugnado.

Na espécie, verifico o preenchimento dos requisitos necessários ao deferimento da medida liminar requerida, porquanto, ao menos em uma análise perfunctória, há indícios suficientes de configuração do pretense constrangimento ilegal, de modo a justificar a concessão da tutela de urgência.

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 integrem organizações criminosas.

Como se sabe, 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 se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram 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 a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

No caso em exame, o Juízo de primeiro grau, ao proceder à dosimetria da pena, negou à paciente o reconhecimento do tráfico privilegiado, com base das seguintes afirmações:

"Sopesados os critérios estabelecidos nos art. 59 e 60 do Código Penal e o artigo 42 da Lei nº 11.343/06, fixo a pena base majorada em 1/4. Primeiro, pela natureza das substâncias traficadas. A ré utilizou-se de cocaína no comércio de entorpecentes, substância que apresenta maior lesividade à estrutura físico orgânica e com maior e mais rápido grau de dependência. Segundo, ante o concurso de agentes. Em fato, a ré praticou o delito na companhia de outro indivíduo, fato este que facilita a prática delitiva, seja pela dificuldade em se realizar a apreensão dos envolvidos, bem como até mesmo pela prova da traficância exercida, haja vista a divisão de drogas e dinheiro em poder de todos os envolvidos.

O delito foi praticado nas dependências do 'Parque do Peão de Barretos' (conforme croqui de fls. 194), circunstância que permite o aumento da pena em 1/6.

**Deixo de aplicar a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Inicialmente, pontuo que esta não é de aplicação automática ou obrigatória. É facultativa deve ser analisada ao prudente critério do Juiz, em situação excepcional. Com efeito, o tráfico é delito inserido em uma cadeia de criminalidade, pois necessário é aliar-se a outros delinquentes para a obtenção do entorpecente, desde o local da produção até chegar ao pequeno traficante que vende no varejo. Assim, a experiência traz como raríssimo a hipótese do traficante a agir solitariamente, ou seja, como aquele que produz e posteriormente vende o entorpecente produzido. Em verdade, a grande maioria traz o traficante integrado a uma célula criminoso, numa cadeia necessária a consecução do objetivo comum, a disseminação da droga. Desta forma, reputo que a acusada se dedica a atividades criminosas e ainda integra, mesmo que de forma indireta, uma organização criminoso, pelos vínculos necessários ao exercício do tráfico. Por conseguinte, incabível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.**

Assim, a pena é fixada em 07 anos, 03 meses e 15 dias de reclusão e ao pagamento de 729 dias-multa.

Ausentes outras causas modificativas, torno esta pena definitiva, consoante o sistema trifásico de aplicação.

[...]

Posto isto, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal para condenar os réus:

a) ALINE GENOVEVA SILVA à pena de 07 anos, 03 meses e 15

dias de reclusão e ao pagamento de 729 dias-multa, fixado este em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, como incursa no artigo 33, *caput*, c.c artigo 40, III, ambos da Lei nº 11.343/06 c.c. artigo 29, *caput*, do Código Penal e ABSOLVE-LA da imputação contida no artigo 35, *caput*, da lei nº 11.343/2006, o que o faço com fundamento no artigo 386, VII do Código de Processo Penal; [...]

As penas deverão ser cumpridas em regime inicial fechado, o que faço em relação ao acusado Matheus ante a reincidência específica e a ambos em razão da gravidade do delito, considerado hediondo, e sua forte repercussão social (cf. STF, HC nº 82.959-7/SP).

Por igual fundamento, incabível *sursis* e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consoante aos artigos 44, I e II e 77, *caput* e I, ambos do Código Penal" (e-STJ, fls. 102 e 104-106, grifou-se).

O Tribunal de origem, ao dar parcial provimento ao apelo defensivo, procedeu da seguinte forma no cálculo penal:

"As penas merecem reforma.

Quanto a pena da ré Aline Genoveva Silva, verifica-se que a pena-base foi fixada em 1/4 (um quarto) acima do mínimo legal, em razão da natureza lesiva da substância apreendida cocaína, em pó e pela prática do tráfico de drogas em concurso de agentes, o que facilita o cometimento deste delito, o que entendo desarrazoado e desproporcional, **devendo a pena-base ser fixada no mínimo legal 05 (cinco) anos e de reclusão**, e pagamento de 500 (quinhentos) dias multa, no piso mínimo legal.

**Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes.**

Na terceira fase, presente a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da Lei 11.343/06 merece ser mantida, porquanto se comprovou nos autos que a ré visava a venda das drogas no Parque do Peão, localidade que está inserida nas hipóteses legais.

Assim, exasperada em 1/6 (um sexto) a pena-base, a reprimenda perfaz 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias multa, no piso mínimo legal.

**Quanto a aplicação do redutor previsto no § 4º, art. 33, da Lei 11.343/06 a ré Aline, a r. sentença recorrida de modo adequado o afastou por ausência de requisito legal, haja vista que comprovado que se dedicava com habitualidade a mercancia ilícita de substâncias entorpecentes. Aliás, frise-se que agiu na companhia do corréu Matheus, demonstrando não ser essa sua conduta isolada, razão pela qual bem afastado na r. sentença.**

[...]

Ademais, não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, pois o crime de tráfico de drogas é nefasto, causador de grande desassossego social, pelo que é preciso maior reprovabilidade àqueles que enveredam para a prática de tal conduta ilícita, de modo que prevaleça o parâmetro da suficiência e proporcionalidade na fixação da pena, mostrando-se de todo inviável a

substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ou qualquer outro benefício, sob pena de indizível impunidade, na contramão do anseio social voltado para a melhoria da segurança pública.

Sabe-se que o tráfico de drogas é uma espécie de mola propulsora à prática de outros crimes graves, principalmente roubos.

E, é justamente atento a isso, que se impõe tratamento com maior rigor ao traficante, delinquente que, por conclusão lógica, não tem mérito para benesses legais.

O regime inicial de cumprimento da pena deve ser o fechado, considerando a gravidade do crime de tráfico de drogas, pois comparado a crime hediondo, o que enseja a aplicação, inicialmente, de um regime mais severo, mostrando à sociedade a eficaz repressão a esse tipo de delito.

Ademais, trata-se de réus surpreendidos na posse de cocaína em pó, substância esta altamente nociva e que tanto prejudica a sociedade, merecendo, portanto, as suas condutas ser repreendidas com mais veemência para que se atenda ao fim objetivado na aplicação da sanção penal.

Nesse sentido, a jurisprudência afirma que:

[...]

Frise-se, ainda, que as drogas eram destinadas a venda no Parque do Peão, local de entretenimento, o que agrava sobremaneira as condutas dos apelantes, permitindo a fixação de regime fechado para o início de cumprimento da pena imposta.

Acrescente-se ainda que o regime inicial fechado melhor atende a finalidade da pena, ou seja, possibilitando de modo mais efetivo alcançar o caráter especial negativo da pena, que justamente consiste na intimidação do réu para que não volte a delinquir, evitando-se, conseqüentemente, a prática de novos delitos, reafirmando assim a existência e eficiência do Direito Penal o que, neste prisma, confirma o seu caráter geral positivo, outra finalidade que a pena visa estabelecer. Ainda é de se dizer que a competência para se discutir à respeito da detração penal é do juízo das execuções. Ademais, ainda que descontado o período de prisão preventiva já cumprido, persistem os motivos a justificar o regime prisional mais gravoso. O tempo de prisão cautelar e a quantidade de pena não são os únicos fatores a serem considerados para determinar o regime para início do cumprimento da pena, sob pena de afronta aos Princípios da Individualização da Pena e da Isonomia.

Consigne-se, ainda, que em segundo grau de jurisdição não se tem elementos para analisar a situação processual do réu, para a aplicação da detração penal, o que fica reservado ao Juízo da Vara das Execuções Penais, até porque já existe expedida a guia de execução provisória.

Diante dos argumentos acima elencados, a r. sentença acertadamente condenou os recorrentes pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, merecendo reparo na dosimetria da pena, mantendo-se, no mais, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Ante o exposto, pelo meu voto, CONHEÇO e DOU PARCIAL

PROVIMENTO aos recursos interpostos para reformar em parte a r. sentença, e fixar a pena-base dos réus no mínimo legal, ficando condenados definitivamente os réus Aline Genoveva Silva e Matheus Diogo de Oliveira, às penas de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias multa, no piso mínimo legal, dando-o como incursos no art. 33, 'caput', c.c. art. 40, inciso III, ambos da Lei 11.343/06, c.c.art. 29, 'caput', do Código Penal.

Ficam mantidos os demais termos da r. sentença recorrida.

Decorrido o prazo do recurso ordinário, expeça-se o mandado de prisão em desfavor da ré Aline Genoveva Silva." (e-STJ, fls. 151-157, grifou-se).

Entretanto, observa-se que as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis, motivo pelo qual a pena-base foi fixada no mínimo legal, e que a paciente é primária. Além disso, a quantidade de droga apreendida – 10,023 (dez gramas e vinte e três miligramas) de cocaína (e-STJ, fl. 146) – é insuficiente para se presumir a sua habitualidade delitiva, o que, ao menos em uma análise perfunctória, indica a provável incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de drogas, bem como a aplicação de regime prisional diverso do fechado e a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Ante o exposto, **defiro o pedido liminar** para permitir que a paciente aguarde em liberdade o julgamento do mérito deste *habeas corpus*.

Comunique-se, **com urgência**, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Barretos/SP.

Após, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal para parecer.

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 10 de junho de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS  
Relator