

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 537.227 - SP (2019/0296986-1)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : LAZARO GUSTAVO RODRIGUES LOPES
ADVOGADO : LAZARO GUSTAVO RODRIGUES LOPES - SP343362
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANIELA CRISTINA DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de DANIELA CRISTINA DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0000592-55.2017.8.26.0614).

Consta dos autos que a paciente foi condenada como incurso no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, inciso VI, ambos da Lei n. 11.343/2006, à pena de 6 anos e 27 dias de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 606 dias-multa (e-STJ fls. 30/40).

Interposta apelação, o Tribunal local negou provimento ao recurso ministerial e deu parcial provimento ao reclamo defensivo para redimensionar a pena para 5 anos e 10 meses de reclusão, e 583 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação (e-STJ fls. 41/45). Segue a ementa do acórdão (e-STJ fls. 41/51):

TRÁFICO DE ENTORPECENTES - Configuração. Materialidade e autoria demonstradas. Depoimentos dos policiais militares em harmonia com o conjunto probatório. Negativa da ré isolada - Apreensão de razoável quantidade e variedade de entorpecentes (41 eppendorfs contendo 13,3 gramas de cocaína e 65 porções de maconha com peso de 60,3 gramas) — Causa de aumento do artigo 40, VI, da Lei de Drogas demonstrada (envolvimento de adolescente) -Desclassificação para uso próprio. Descabimento - Condenação mantida.

ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - Absolvição com fulcro no artigo 386, VII, do CPP. Conjunto probatório movediço para lastrear um decreto condenatório. Não demonstrado o necessário vínculo estável entre os envolvidos. Dúvida razoável que deve favorecer a defesa. Non liquet. Concurso facultativo de

Superior Tribunal de Justiça

agentes — Absolvição mantida. PENAS E REGIME PRISIONAL - Bases nos mínimos. Dolo normal à espécie. Quantidade e natureza das drogas que não justificam a exasperação - Menoridade relativa. Atenuante inócua. Súmula nº 231 do STJ - Incabível o redutor do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 - Incidência da causa de aumento do artigo 40, VI, da Lei de Drogas (1/6). — Regime inicial fechado - Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (CP, artigo 44, I) - Prequestionamento — Apelo ministerial desprovido. Recurso defensivo acolhido em parte para reduzir as penas.

No presente *writ* (e-STJ fls. 3/17), o impetrante alega que a paciente está sofrendo constrangimento ilegal, em razão da não aplicação da redutora do tráfico prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Argumenta que utilizar a quantidade de drogas para não aplicar a minorante é criar um critério não previsto em lei. No caso, tendo em vista que a paciente é primária, tem bons antecedentes, não se dedica às atividades criminosas e não integra organização criminosa, de rigor a aplicação da benesse na fração máxima de 2/3.

Afirma, ainda, que o regime mais gravoso foi fixado de forma inidônea, uma vez que as circunstâncias judiciais são todas favoráveis, a pena é inferior a 8 anos, a paciente é primária e a quantidade de drogas apreendidas não é expressiva. Assim, sustenta que a gravidade abstrata do delito não pode justificar o regime mais gravoso, conforme dispõem os enunciados n. 718/STF e 719/STF, sendo necessário a fixação de regime mais brando.

Ao final, em consequência do redimensionamento da pena, aduz que é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Dessa forma, requer, na liminar, a fixação do regime semiaberto e, no mérito, a aplicação da minorante do tráfico na fração de 2/3, a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Superior Tribunal de Justiça

É o relatório. **Decido.**

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção da paciente.

E, na espécie, verifico presente constrangimento ilegal apto a justificar o deferimento da medida de urgência.

Como é cediço, em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistente a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal.

Ademais, consoante o enunciado da Súmula n. 440/STJ, *fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.*

Nesse mesmo sentido, seguem as Súmulas n. 718 e 719/STF, respectivamente:

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

No caso, o Tribunal *a quo* redimensionou a pena da paciente pela prática do crime de tráfico de drogas, mas manteve o regime prisional fechado com base na seguinte motivação (e-STJ fl. 34):

O regime inicial fechado deve ser mantido, pois a gravidade concreta da conduta - já minuciosamente analisada - desautoriza e incompatibiliza o estabelecimento de regime prisional mais brando (cf. Artigo 59, III; c.c. artigo 33, § 3º, do

Superior Tribunal de Justiça

Código Penal).

Não obstante a quantidade de drogas seja fundamento idôneo para autorizar o regime mais gravoso nos delitos de tráfico, no caso, a quantidade apreendida não é expressiva – 13 g de cocaína e 60,3 g de maconha –, não justificando o regime mais gravoso.

Nesse contexto, em juízo perfunctório, tratando-se de ré primária, condenada a pena superior a 4 e que não excede 8 anos de reclusão, com circunstâncias judiciais favoráveis, com menos de 21 anos, a paciente faz jus ao regime inicial semiaberto, conforme o disposto no art. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, **defiro a liminar** para assegurar a paciente o direito de aguardar, no regime semiaberto, o julgamento do presente *habeas corpus*, salvo se por outro motivo estiver preso ou cumprindo pena em regime mais gravoso.

Comunique-se, com urgência, o Tribunal impetrado e o Juízo de primeiro grau, solicitando-lhes informações, inclusive o envio da senha para acesso aos dados processuais constantes do respectivo portal eletrônico, tendo em vista a restrição determinada pela Resolução n. 121 do CNJ.

Oportunamente, dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal.

Intimem-se.

Brasília (DF), 04 de outubro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator