

**HABEAS CORPUS Nº 539.085 - SP (2019/0306488-2)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
DANIEL DURVAULT ROITBERG - RJ168348  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : CAROLINE DE SANTANA SOARES  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de CAROLINE DE SANTANA SOARES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0001499-58.2017.8.26.0540).

Consta dos autos que a paciente foi condenada como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime semiaberto, bem como ao pagamento de 250 dias-multa (e-STJ fls. 34/40).

Interposta apelação, o Tribunal local negou provimento ao recurso defensivo, mantendo a condenação nos termos proferidos pelo juízo de primeiro grau (e-STJ fls. 18/33):

*TRÁFICO DE ENTORPECENTES - Materialidade e autoria bem comprovadas. Sentença, no mérito, confirmada por seus próprios fundamentos. PENAS - corretamente aplicadas. REGIME PRISIONAL - Ré beneficiada com regime semiaberto. Inicial fechado é o conveniente, porque o único que dá a resposta que a gravidade da conduta reclama. Ausência de recurso ministerial. Obediência ao princípio non reformado in pejus. Apelo desprovido.*

No presente *writ* (e-STJ fls. 3/17), a impetrante alega que a paciente está sofrendo constrangimento ilegal, pois entende que a paciente faz *jus* à aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima, porquanto a quantidade de drogas apreendidas não é expresssiva (34,6 g de

cocaína; 8,6 g de *crack*; 68,2 g de maconha) a ponto de justificar a escolha da fração em patamar inferior a 2/3.

Argumenta, quanto ao regime, que, tendo em vista que as circunstâncias judiciais são todas favoráveis, a paciente é primária, não possui maus antecedentes e a pena é inferior a 4 anos de reclusão, o regime inicial aberto se mostra mais adequado.

Por fim, afirma que é devida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que trata-se de delito cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa e as circunstâncias indicam ser a substituição uma medida suficiente e socialmente adequada.

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

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 43/45).

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 51/56, opinou pela concessão parcial da ordem, nos termos da seguinte ementa:

*HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. UTILIZAÇÃO INADEQUADA DO WRIT. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06 NO GRAU MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL SEMIABERTO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. EXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS OU, SE CONHECIDO, PELA CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.*

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.

Busca-se, na presente impetração, o reconhecimento da ilegalidade na não aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em seu patamar máximo, na fixação do regime mais gravoso, e na ausência de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Em relação à redutora do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, assim justificou o juízo sentenciante a escolha da fração de 1/2 (e-STJ fl. 39):

*[...] Na terceira fase de aplicação da pena não há causas de aumento a serem apreciadas, contudo reduzo a pena em 1/2, passando para 2 anos e 6 meses de reclusão, e 250 dias-multa, porque a quantidade das drogas não é exorbitante, mas também não é pequena ao ponto de se reduzir ao máximo de 2/3, mesmo porque há mais de uma quantidade de drogas (36 porções de cocaína, pesando 34,6g, 25 porções de crack, pesando 8,6g e 29 porções de maconha, pesando 68,2g – fls. 17/20 = 70/73, 21/23 = 74/76 e 24/25 = 77 e 107/109 e 110/112), motivo pelo qual torno definitiva a pena privativa de liberdade da ré Caroline de Santana Soares em 2 anos e 6 meses de reclusão, e 250 dias-multa. [...]*

E a Corte local, ao manter a sentença, consignou que (e-STJ fl. 29):

*[...]*  
*Cumpre ressaltar que, a qualidade das drogas (cocaína), com potencialidade lesiva incomum, além de sua quantidade, que seria o suficiente para atingir um número considerável de usuários, impedem a redução no patamar máximo.*  
*[...]*

Observa-se, pela leitura dos excertos supra, que a fração de 1/2 foi adotada tendo em vista a quantidade e a diversidade das drogas apreendidas.

Sobre a possibilidade de a quantidade e a natureza da droga embasarem o percentual de redução, nos casos de reconhecimento da figura do tráfico privilegiado, destaco:

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ACUSADO QUE NÃO POSSUI OCUPAÇÃO LÍCITA. FUNDAMENTO INSUFICIENTE. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO. REGIME PRISIONAL. NATUREZA DO ENTORPECENTE. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. FLAGRANTE ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. 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. 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 delituosas ou integrarem organizações criminosas.*

*3. 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 no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.*

*(...)*

*8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em 1/2, redimensionando a sanção do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais pagamento de 250 dias-multa.*

(HC 433.490/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 02/04/2018)

*PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. AFASTAMENTO DA REDUÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. RECURSO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. DESNECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA NA PRIMEIRA OU NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA PENAL. AGRAVO DESPROVIDO.*

*II - "[...] A questão discutida neste recurso especial não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento que é obstado pela Súmula n. 7 deste Superior Tribunal, tal como ocorre, por exemplo, com a valoração das circunstâncias judiciais (uma a uma). O caso, diversamente, demanda apenas o reexame da aplicação da pena, providência admitida em caráter excepcional, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68 do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, sob o aspecto da legalidade, nas hipóteses de falta ou de equívoco evidente de fundamentação das circunstâncias judiciais (como no caso) ou, ainda, de erro de técnica no critério trifásico de aplicação da pena" (AgRg no REsp n.*

*1.475.447/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 22/6/2015).*

*III - A circunstância judicial referente à quantidade e variedade da droga poderá incidir na primeira ou terceira fase da dosimetria da pena, para exasperar a pena-base, afastar a aplicação da minorante ou ainda para modular o nível de redução da pena, sempre de maneira não cumulativa. Precedentes do eg. STF e do STJ.*

*Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1445752/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 06/11/2015).*

Assim, não verifico constrangimento ilegal a ser sanado no ponto em que foi aplicada a diminuição da pena em 1/2, em prestígio à discricionariedade do julgador, que fundamentou concretamente a escolha desse percentual, ao

sopesar a quantidade e a variedade das drogas apreendidas.

Quanto ao regime prisional, definiu a jurisprudência desta Corte que para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso do que comporta a pena é necessária a apresentação de fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Nesse sentido, confirmam-se as Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis* :

*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.*

Ademais, 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.

No caso, embora a pena da paciente tenha sido fixada em patamar que não excede 4 anos de reclusão, a natureza e a quantidade dos entorpecentes apreendidos - 34,6g de cocaína, 8,6g de crack e 68,2g de maconha - justificam o regime intermediário e inviabilizam a substituição da pena, a teor dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44, ambos do Código Penal.

Nesse sentido:

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DA DROGA. FRAÇÃO DESPROPORCIONAL. READEQUAÇÃO. REGIME*

*PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*[...]*

*4. Hipótese em que verificada a primariedade, os bons antecedentes e o fato de não restar comprovado que a paciente se dedique ao tráfico ou integre organização criminosa, mostra-se desproporcional a incidência da fração mínima pelo reconhecimento do tráfico privilegiado, com base apenas na quantidade de droga apreendida (21,75g de crack), sendo adequada à hipótese a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no grau médio (1/2), atento aos vetores do art. 42 da referida lei.*

*5. Valorada negativamente uma das circunstâncias judiciais (a natureza da droga), o regime inicial semiaberto (imediatamente mais grave segundo o quantum da sanção aplicada) é o cabível para o cumprimento da pena de 2 anos e 9 meses de reclusão, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes.*

*6. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra suficiente, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), uma vez que desfavoráveis as circunstâncias do delito. Precedentes.*

*[...]*

*8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/2, ficando a reprimenda final da paciente em 2 anos e 9 meses de reclusão, mais pagamento de 275 dias-multa, em regime semiaberto. (HC 368.281/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 1º/2/2017).*

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 4 ANOS DE*

*RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO. VIABILIDADE. EMBORA PRESENTES NOCIVIDADE E VARIEDADE, A PEQUENA QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS PERMITE O PROPORCIONAL AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA APLICADA. REPRIMENDA REDUZIDA. MANTIDO O REGIME PRISIONAL SEMIABERTO, MAIS GRAVOSO DO QUE A PENA COMPORTA, ANTE A NOCIVIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS, VALORADAS NA TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*[...]*

*- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.*

*- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719 do STF.*

*- No caso, embora o paciente seja primário e a pena de 2 anos e 6 meses de reclusão comporte, em princípio, o regime inicial aberto, a gravidade concreta do delito, evidenciada pela variedade e a nocividade das drogas apreendidas (cocaína e crack), elementos que, inclusive, justificaram a escolha da fração redutora de 1/2 pelo tráfico privilegiado, recomenda o estabelecimento do regime inicial semiaberto. Inteligência do art. 33, § 3º, do CP e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.*

*- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio, para reduzir as penas do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 250 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (HC 411.133/MG, de minha relatoria, Quinta Turma, DJe 27/9/2017).*

*PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL*



*NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO. SÚMULA N. 7/STJ. MINORANTE. APLICAÇÃO. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE.*

*1. O pedido de desclassificação para o art. 28 da Lei n. 11.343/2006 demandaria imprescindível reexame dos elementos fático-probatórios dos autos. Incidência da Súmula n. 7 desta Corte.*

*2. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta o estabelecido no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.*

*3. O Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência consolidada no sentido de que a quantidade e a nocividade das drogas apreendidas constituem fundamento idôneo para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso.*

*4. No caso, o agravante foi condenado à pena privativa de liberdade de 3 anos e 7 meses de reclusão e o regime semiaberto sustenta-se em fundamento concreto, qual seja, a quantidade (3,5 Kg) de maconha apreendida. A mesma razão legitima a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.*

*5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 972.482/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 30/04/2018)*

Ante o exposto, com base no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno do STJ, **não conheço** do presente *habeas corpus*.

Publique-se.

Brasília/DF, 26 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator