

**HABEAS CORPUS Nº 548.062 - SP (2019/0354094-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : **CASSIANO FERNANDES PINTO DE CARVALHO**  
**ADVOGADO** : **CASSIANO FERNANDES PINTO DE CARVALHO - SP330412**  
**IMPETRADO** : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE** : **WENDEL JUNIO DA COSTA BARBOSA**  
**INTERES.** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de WENDEL JUNIO DA COSTA BARBOSA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0025384-19.2016.8.26.0320).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 4 anos de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 400 dias-multa (e-STJ fls, 14/21).

Interposta apelação, o Tribunal local negou provimento ao recurso defensivo e deram provimento ao reclamo ministerial para afastar a aplicação da redutora e aumentar a pena para 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, mantido o regime fechado. Segue a ementa do acórdão (e-STJ fls, 22/37):

*PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DEFENSIVO.*

*Pretende o Ministério Público o afastamento do redutor do §4º, do art. 33, da Lei de Drogas. Cabimento. No caso, a quantidade de maconha apreendida (68,64g) é razoável, de modo que não seria destinada a venda por traficante novato, demonstrando o fato estar o réu ligado a atividade criminosa, o que é suficiente para afastar o redutor.*

*Pretendida pela defesa, a absolvição por insuficiência probatória. Alternativamente, a manutenção da pena no patamar mínimo. Descabimento.*

*A) Absolvição pela fragilidade probatória. Impossibilidade. Os Guardas Municipais foram coerentes e harmônicos em seus depoimentos, afirmando que o réu, na posse das 38 porções de maconha, ao vê-los, tentou fugir, correndo, quando dispensou o*

*embrulho que as continha (drogas) em uma área verde. Não há nos autos qualquer fato a demonstrar que mentem para acusar um inocente. E por ter, um deles, afirmado, que em outras abordagens, o réu lhes disse que conseguiria fazer os "meninos" saírem dali, demonstra realmente que possui certa ascendência sobre outros traficantes do local.*

*B) Pena no patamar mínimo. A pena já foi fixada no mínimo, apenas afastada causa de diminuição.*

*Negado provimento ao recurso do réu, e provimento ao reclamo ministerial.*

No presente *writ* (e-STJ fls, 3/9), a impetrante alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, uma vez que a causa especial de diminuição da pena foi afastada de forma indevida, pautando-se apenas na quantidade da droga apreendida com o paciente. Afirma que a quantidade da droga, dissociada de qualquer outro elemento, não pode ser utilizada como fundamento para concluir que o acusado se dedica às atividades criminosas, conforme entendimento firmado nesta Corte Superior. Ademais, ressalta que a quantidade apreendida é inexpressiva – 68,64g de maconha.

Aponta, ainda, ilegalidade na fixação do regime mais gravoso, uma vez que o paciente é primário, as circunstâncias judiciais foram consideradas todas favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal, e a pena fixada é inferior a 8 anos de reclusão. Sendo assim, é desproporcional a fixação do regime inicial fechado. Em consequência do redimensionamento da pena, aduz que é cabível também a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Ao final, formula pedido liminar para que o paciente possa aguardar em regime mais brando o julgamento deste *writ* e, no mérito, pede a concessão da ordem para que a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 seja aplicada, redimensionando-se a pena do paciente, além da fixação de regime inicial mais brando e substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

É o relatório. **Decido.**

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014; STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 4ª Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Busca-se, na presente impetração, o reconhecimento da ilegalidade na não aplicação da causa especial de diminuição da pena, na fixação do regime mais gravoso e na não substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Acerca do rito a ser adotado para o julgamento desta impetração, as disposições previstas nos arts. 64, III, e 202 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça não afastam do Relator a faculdade de decidir liminarmente, em sede de *habeas corpus* e de recurso em *habeas corpus*, a pretensão que se conforme com súmula ou com a jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores ou a contrária (AgRg no HC 513.993/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 25/06/2019, DJe 01/07/2019; AgRg no HC 475.293/RS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/11/2018,

DJe 03/12/2018; AgRg no HC 499.838/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 11/04/2019, DJe 22/04/2019; AgRg no HC 426.703/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 18/10/2018, DJe 23/10/2018 e AgRg no RHC 37.622/RN, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 6/6/2013, DJe 14/6/2013).

*Nesse diapasão, uma vez verificado que as matérias trazidas a debate por meio do habeas corpus constituem objeto de jurisprudência consolidada neste Superior Tribunal, não há nenhum óbice a que o Relator conceda a ordem liminarmente, sobretudo ante a evidência de manifesto e grave constrangimento ilegal a que estava sendo submetido o paciente, pois a concessão liminar da ordem de habeas corpus apenas consagra a exigência de racionalização do processo decisório e de efetivação do próprio princípio constitucional da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, o qual foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela EC n.45/2004 com status de princípio fundamental (AgRg no HC 268.099/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 2/5/2013, DJe 13/5/2013).*

Na verdade, a ciência posterior do *Parquet* que, longe de suplantar sua prerrogativa institucional, homenageia o princípio da celeridade processual e inviabiliza a tramitação de ações cujo desfecho, em princípio, já é conhecido (EDcl no AgRg no HC 324.401/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 2/2/2016, DJe 23/2/2016).

Em suma, para conferir maior celeridade aos habeas corpus e garantir a efetividade das decisões judiciais que versam sobre o direito de locomoção, bem como por se tratar de medida necessária para assegurar a viabilidade dos trabalhos das Turmas que compõem a Terceira Seção, a jurisprudência desta Corte admite o julgamento monocrático do writ antes da ouvida do *Parquet* em casos de jurisprudência pacífica (AgRg no HC 514.048/RS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 06/08/2019,

DJe 13/08/2019).

Possível, assim, a análise do mérito da impetração, já nesta oportunidade.

Em relação à redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a sua aplicação demanda o preenchimento de quatro requisitos cumulativos, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa.

No caso dos autos, o Tribunal local decidiu afastar a redutora do tráfico aplicada pelo juiz de primeiro grau, com base nos seguintes fundamentos (e-STJ fl. 153):

*Na terceira fase, foi aplicado o redutor do §4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, no percentual de 1/5. No entanto, razão assiste ao órgão acusador quando pleiteia que seja ele (redutor) afastado, pelo fato do réu estar na posse de considerável quantidade de maconha, o que evidencia não se tratar de traficante "ocasional", mas habituado (dedicado) à atividade criminosa, apesar da diminuta idade. Desse modo, fica a causa de redução afastada, voltando a pena do réu ao valor de 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.*

Conforme se observa, o Tribunal local afastou a aplicação do redutor ao entendimento de que o paciente se dedicava a atividades criminosas, com base na quantidade de entorpecente apreendido.

Contudo, tal entendimento não deve ser mantido.

Considerando a quantidade apreendida, a qual não se revela exorbitante – 68,64g de maconha – e ainda a ausência de outros elementos que permitam inferir que o acusado se dedicava a atividades criminosas ou integra organização criminosa, é de rigor a aplicação do entendimento desta Corte Superior de que a quantidade de drogas, por si só, não é capaz de afastar o redutor do tráfico privilegiado.

A propósito:

*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. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DO AGENTE EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE INEXPRESSIVA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. MANIFESTA 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício. 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 criminosas 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.*

*4. O fato de o paciente não ter comprovado ocupação lícita, por si só, não constitui elemento suficiente para afastar a benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedente.*

*5. Caso em que, não sendo expressiva a quantidade de droga apreendida - 35 porções de maconha (53,44g), 15 eppendorfs de cocaína (7,5g) e 5 pedras de crack (0,68g) -, e a míngua de elementos probatórios que indiquem a habitualidade delitiva do paciente, impõe-se a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no máximo legal (2/3). Precedentes.*

6. Estabelecida a reprimenda final em 1 ano e 8 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime inicial aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.

7. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

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 no grau máximo, redimensionando a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão mais 166 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo Execução.

(HC 522.715/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2019, DJe 24/09/2019)

**PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES QUE NÃO JUSTIFICA O AFASTAMENTO DO REDUTOR. FUNDAMENTO NÃO UTILIZADO PELO ACÓRDÃO. RECURSO DESPROVIDO.**

1. In casu, o colegiado estadual afastou a causa de diminuição da pena referente ao tráfico privilegiado tão somente em razão da natureza e quantidade de entorpecentes apreendidos - 37,420g - trinta e sete gramas e quatrocentos e vinte miligramas de maconha.

2. Em situações semelhantes, considerando o princípio da individualização da pena, os precedentes firmados nesta Corte autorizam a redução da sanção, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 1205979/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/09/2019, DJe 26/09/2019)

Dessa forma, verifica-se o constrangimento ilegal quanto ao afastamento do redutor, devendo ser fixada a fração máxima de 2/3.

Agora passo a refazer a dosimetria.

Assim, mantidos os critérios utilizados pelas instâncias ordinárias na primeira e segunda fases da dosimetria, com pena provisória de 5 anos de reclusão, reduzo a pena em 2/3, em razão da aplicação do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, ficando a pena arbitrada em 1 ano, 8 meses e 166 dias-multa.

Tendo em vista o redimensionamento da pena, necessário readequar o regime de cumprimento.

Como é cediço, 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.

O regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessária fundamentação específica com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

*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, 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.*

Nesse contexto, tratando-se de réu primário, condenado a pena



que não excede 4 anos de reclusão, com as circunstâncias judiciais favoráveis, deve ser-lhe conferido o regime aberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º, c, e 3º, do Código Penal.

Quanto à possibilidade de substituição da pena, nos delitos de tráfico, o Supremo Tribunal Federal, em 1º/9/2010, no julgamento do HC n. 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei de Drogas, na parte relativa à proibição da conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por tráfico de entorpecentes. Dessa forma, preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, a pena privativa de liberdade poderá ser substituída por restritiva de direitos.

No caso, verifico que as circunstâncias do caso concreto recomendam a substituição. Trata-se de réu primário, condenado a pena privativa de liberdade inferior a 4 anos de reclusão e a quantidade das drogas apreendidas não é expressiva – 68,64g de maconha. Dessa forma, resulta cabível a conversão da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Em hipóteses análogas, decidiu esta Corte:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE ÉDIPO HENRIQUE FARIAS. REINCIDENTE. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. VEDAÇÃO EXPRESSA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. IRRELEVÂNCIA. PACIENTE MICHEL JOSÉ DOS SANTOS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE ÍNFIMA DE DROGA APREENDIDA (5,48 GRAMAS DE CRACK E 1,60 GRAMAS DE COCAÍNA). REGIME SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. APLICAÇÃO DO REGIME ABERTO. ART. 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

(...)

*5. O art. 44 do CP é taxativo quanto aos requisitos necessários para a obtenção do benefício da substituição da medida corporal por restritiva de direitos, verificando-se, na hipótese, o preenchimento de tais requisitos, tendo em vista que as circunstâncias judiciais favorecem o paciente e a quantidade de drogas apreendidas não foi expressiva.*

*Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente MICHEL JOSÉ DOS SANTOS para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito a serem especificadas pelo Juízo de Execuções. (HC 326.359/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 11/05/2017).*

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem, de ofício**, para redimensionar a pena para **1 ano, 8 meses de reclusão e 166 dias-multa**, fixar o regime aberto, bem como para substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções.

Intimem-se.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator