

**HABEAS CORPUS Nº 543.680 - SP (2019/0331769-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : BARBARA MARIA CORNACHIONI GIMENES  
**ADVOGADO** : BÁRBARA MARIA CORNACHIONI GIMENES - SP270061  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : RODRIGO SABINO MARQUES (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de RODRIGO SABINO MARQUES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0000852-69.2018.8.26.0559).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 anos de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 500 dias-multa (e-STJ fls. 33/42).

Interposta apelação, o Tribunal local negou provimento ao recurso, mantendo a condenação nos termos proferidos na sentença. Segue a ementa do acórdão (e-STJ fls. 45/49):

*TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. Autoria e materialidade do crime amplamente comprovadas. Confissão judicial em harmonia com o relato dos policiais militares responsáveis pela detenção do réu. Condenação mantida. Reprimendas fixadas no piso e que não comportam correção. Bem fundamentada pela sentença a negativa de aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Inviabilidade de substituição da corporal por restritivas de direitos. Regime fechado necessário. Apelo improvido.*

No presente *writ* (e-STJ fls. 3/25), a impetrante alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, uma vez que não foi aplicada a causa especial de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Afirma que o paciente é primário, de bons antecedentes, não há provas de que pertença à organização criminosa e nem que se dedique às atividades criminosas, assim, faz

jus ao benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração máxima de 2/3. Aduz, ainda, que a quantidade de drogas apreendidas não é expressiva (158,76 g de maconha).

Prossegue se insurgindo contra o regime inicial de pena arbitrado, argumentando que este foi fixado apenas com base na gravidade abstrata do delito, o que constitui fundamentação inidônea. Assim, sendo o paciente primário, com pena inferior a 8 anos de reclusão, o regime inicial semiaberto é o que se mostra mais adequado.

Dessa forma, requer, na liminar e no mérito, a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas e a fixação do regime mais brando.

O pedido liminar foi parcialmente deferido (e-STJ fls. 66/69), para assegurar ao paciente o direito de aguardar, no regime semiaberto, o julgamento do presente *habeas corpus*.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 92/98, opinou pela concessão parcial da ordem, na forma da seguinte ementa:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006). DOSIMETRIA. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. DESCABIMENTO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. REGIME PRISIONAL. MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS, MAS PELA CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM, DE OFÍCIO, PARA QUE SEJA FIXADO O REGIME SEMIABERTO.*

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 do paciente.

Busca-se, na presente impetração, a aplicação da redutora na fração máxima de 2/3 e a fixação do regime aberto.

Para a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sabe-se que o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

Para um melhor deslinde da controvérsia, segue a fundamentação adotada pela Corte local para manter a negativa de aplicação da benesse (e-STJ fls. 48/49):

[...]

*As penas não comportam correção.*

*Isto porque foram fixadas no piso legal de cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa, de valor unitário mínimo, tendo sido afastada, de forma fundamentada, a aplicação do redutor previsto no § 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, nos seguintes termos: "Embora o acusado seja primário, de bons antecedentes e sem notícia de que integre organização criminosa, considero a quantidade de droga apreendida e a apreensão de petrechos para deixar de aplicar o disposto no §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06. Com efeito, o legislador, ao editar a nova lei de drogas, objetivou dar tratamento diferenciado ao traficante ocasional, representado por aquele que não faz do tráfico seu meio de vida, por merecer menor reprovabilidade e, conseqüentemente, tratamento mais benéfico do que o traficante habitual. Em outras palavras, para a situação do mercador novato, aquele de pequena expressão, conhecido como traficante de primeira viagem, como se pode classificar aquele que possui estoque diminuto para negociar durante curto período e, em regra, suprir o próprio vício. Portanto, para esse tipo de traficante é que a lei previu a benesse como forma de abrandar seu maior rigor punitivo. A doutrina e a jurisprudência apontam situações caracterizadoras*

*de atividades criminosas, tais como o fato de o agente estar respondendo a outros processos criminais, encontrar-se na posse de armas e apetrechos relacionados ao tráfico, como embalagens para porções individualizadas, balanças de precisão, ou ainda, quantidade e variedade de drogas apreendidas. Logo, no caso em tela, tendo o acusado sido surpreendido com grande quantidade de entorpecentes (total de 158,760 gramas de maconha), além de apreensão de petrechos, inviável a aplicação do redutor" (fls. 174/183).*

*[...]*

Na hipótese, verifico que não foram atendidas as diretrizes previstas para o reconhecimento do privilégio, uma vez que as instâncias ordinárias entenderam que o paciente não fazia jus ao benefício, haja vista não apenas a quantidade da droga (158,760 gramas de maconha), mas as circunstâncias da prisão, inclusive com a apreensão de petrechos - uma mini balança de precisão, duas facas e dois rolos de plástico filme (e-STJ fl. 32).

Desconstituir tais assertivas demandaria, necessariamente, o revolvimento da moldura fática e probatória delineada nos autos, inviável na via estreita do *habeas corpus*.

Nesse sentido:

*PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO DO PACIENTE A ATIVIDADE CRIMINOSA. PRECEDENTES. AFASTAMENTO DA CONCLUSÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. NECESSIDADE DE AMPLO REVOLVIMENTO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a*

*gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.*

*II - Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.*

*III - In casu, houve fundamentação concreta e idônea para o afastamento do tráfico privilegiado, lastreada nas circunstâncias da prisão, em que o acusado e mais três elementos empreenderam fuga ao avistar a polícia, sendo encontrados no local em que estavam e conhecido como ponto de venda de drogas, além da droga (21g de maconha), uma balança de precisão e material para endolar droga, elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, pois evidenciam que o paciente se dedica às atividades criminosas. Rever essa constatação, para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus. Precedentes.*

*Habeas corpus não conhecido. (HC 477.806/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 07/12/2018)*

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, C/C O ART. 40, VI, AMBOS DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 6 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL SEMIABERTO. PLEITO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS, ANTE A PRESENÇA DE MAUS ANTECEDENTES. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. INVIABILIDADE. MONTANTE DA PENA QUE NÃO COMPORTA OS BENEFÍCIOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

[...]

- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

[...]

- Dessa forma, apesar de a quantidade da droga apreendida não ter sido muito elevada, tendo havido fundamentação concreta, pelo Tribunal local, para não aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, pois não preenchidos os requisitos legais, concluo que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o paciente não se dedica às atividades criminosas, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do habeas corpus, de cognição sumária. Precedentes.

[...]

- Habeas corpus não conhecido (HC n. 406.667/RS, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, Julgado em 3/10/2017, DJe 11/10/2017).

Quanto ao regime, verifico que o inicial fechado foi fixado com base nos seguintes fundamentos (e-STJ fl. 49):

*O regime prisional foi fixado corretamente pela sentença para o inicial fechado, de acordo com a Lei nº 11.464/07, e é imodificável, sendo o mais adequado à hipótese em foco para a reprovação e prevenção do crime, equiparado a hediondo, restando inviabilizada a substituição prevista no artigo 44, do Código Penal, pela quantidade da pena privativa de liberdade.*

Assim, extrai-se que o regime prisional mais gravoso foi estabelecido com base na hediondez e na gravidade abstrata do delito.

Entretanto, 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.

De igual modo, a fixação de regime mais severo do que a pena comporta, com base na gravidade abstrata da conduta, afronta o art. 93, inciso IX, da Constituição da República e a Súmula 440/STJ, que segue transcrita: "*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.*

Ademais, a quantidade de entorpecentes – 158,760 g de maconha (e-STJ fl. 47) – não se revela expressiva o suficiente para justificar o recrudescimento do regime inicial.

Portanto, tratando-se de réu primário, condenado à pena superior a 4 e que não excede 8 anos de reclusão, além da não expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos, o paciente faz jus ao regime inicial semiaberto, conforme o disposto no art. 33, §§ 2º, b, e 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, com base no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno do STJ, **não conheço** do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem, de ofício**, para confirmar a liminar anteriormente deferida e fixar o regime semiaberto.

Publique-se.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator