

**HABEAS CORPUS Nº 525.037 - SP (2019/0228077-9)**

**RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**ADVOGADA : MARIA VICTORIA DE BARROS CAMPOS - SP311426**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : DANIELLA BRITO DE VASCONCELLOS**  
**INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**DECISÃO**

Trata-se de pedido de reconsideração requerido em favor de DANIELLA BRITO DE VASCONCELOS contra decisão de minha relatoria, em que indeferi o pedido de liminar no presente *habeas corpus* (fls. 58/60).

A paciente foi condenada à pena de 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, em regime fechado, como incurso no art. 33, *caput* c/c § 4º e art. 40, inc. III, ambos da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas), sendo permitido o apelo em liberdade.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi desprovido, nos termos da seguinte ementa (fls. 41/55):

*APELAÇÃO CRIMINAL - Tráfico de entorpecentes e condutas afins – Redução das penas impostas, aplicando-se a causa especial de diminuição prevista no art. 33, §4º da Lei n.º 11.343/06 em seu grau máximo e fixando-se regime prisional mais brando, com substituição da pena reclusiva – Descabimento – Penas e regime não comportam maior abrandamento, já bastante beneficiada a acusada com a fixação da pena-base no mínimo legal e suficientemente fundamentada a aplicação do redutor mencionado à fração mínima - Circunstâncias do caso concreto a demandar a imposição de regime prisional mais contundente e eficaz a atender o caráter preventivo e repressivo da pena imposta, inviável a substituição pretendida - Negado provimento.*

No presente *mandamus*, a defesa reitera as alegações relacionadas à dosimetria, pretendendo a aplicação do redutor previsto no § 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, na fração máxima, bem como a alteração do regime inicial de cumprimento da pena, salientando que a conduta da paciente é somente a de “mula”, não envolvida com atividades criminosas ou organização criminosa.

Requer, em liminar, seja determinado que o juízo monocrático abstenha-se

# Superior Tribunal de Justiça

de expedir mandando de prisão até o julgamento do mérito do *writ*, no qual pretende a revisão da pena, com a sua redução, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e o abrandamento do regime ou que inicie o cumprimento em regime domiciliar, tendo em vista ser mãe de 3 filhos menores de 12 anos.

Medida liminar deferida conforme decisão de fls. 116/118.

Parecer ministerial de fls. 144/147 pela confirmação da medida liminar a fim de obstar a execução provisória da pena.

É o relatório.

Decido.

Por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

São estes os fundamentos do aresto hostilizado para afastar a aplicação do redutor, *litteris*:

*"[...]*

*Quanto às penas aplicadas, tampouco comportam maior abrandamento.*

*Vale dizer que a pena-base da acusada restou fixada no mínimo legal, sequer considerado em seu desfavor a quantidade e natureza do entorpecente apreendido, a saber, cocaína - droga altamente prejudicial -, nos termos do art. 42 da Lei de Drogas. Nada há que possa ser feito nesta instância, porém, ante a ausência de recurso ministerial a respeito, observada a proibição da "reformatio in pejus".*

*Na segunda etapa, anotada a presença da atenuante da confissão, a qual, entretanto, não tem o condão de reduzir a pena a quem do patamar mínimo, consoante o teor da Súmula 231 do STJ.*

*Na terceira etapa, presente a causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei 11.343/06, vez que a conduta se deu nas dependências de estabelecimento prisional, a pena foi adequadamente elevada ao patamar mínimo de 1/6.*

*Aqui, em atenção à pretensão*

*defensiva, cabe indicar que, na última etapa, não era mesmo o caso de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em patamar maior. Isto notadamente considerando-se as circunstâncias do delito, em que a ré, que sequer demonstrou o exercício de atividade lícita, possuía expressiva quantidade de entorpecente em seu poder, qual seja, cocaína, droga dentre as piores*

*espécies que existem, tudo a denotar seu acentuado grau de periculosidade, como bem ponderou o d. juízo sentenciante. Não se olvide que tais fatores nem mesmo foram considerados na primeira etapa da dosimetria, não havendo falar-se em “bis in idem”.*

*Não se pode olvidar, visa a lei, dentre outros objetivos, atingir, com tal redução, o traficante não habitual, que acaba de se inserir no universo do crime, cuja quantidade, variedade e natureza da droga localizada em seu poder se apresentar capaz de atingir apenas pequeno número de pessoas, e com menor grau de devastação, punindo, em contrapartida, com maior rigor, aqueles que representam maior risco à sociedade, pelas razões inversas.*

*De certo que fosse a ré “marinheira de primeira viagem”, não seria a ela confiada tamanha quantidade de droga, que, ademais, para ser introduzida em estabelecimento prisional também dependeria de certa ousadia e empenho de sua parte, podendo atingir ali considerável número de usuários, o que não foi possível graças à eficaz atuação dos agentes penitenciários.*

*[...]*

*Assim, as particularidades do caso em análise, citadas acima, realmente não autorizam a diminuição da reprimenda em patamar maior, sob pena de afastar-se o julgador do verdadeiro escopo legal.*

*Por derradeiro, é de ser dito que o regime prisional fechado para cumprimento da reprimenda afigura-se como o mais adequado à situação 'in concreto', necessário à conscientização da ilicitude e único apto a prevenir a reincidência, haja vista tratar-se de delito extremamente grave, que não raro serve como porta de entrada a inúmeras outras condutas delitivas, desvirtuando indivíduos e ameaçando a ordeira sociedade, cabendo ao Julgador destinar especial cautela ao caso, impedindo a ocorrência de uma falsa impressão de impunidade.*

*E, friso, não se trata de um exame da gravidade abstrata do delito, mas de uma análise cuidadosa do caso específico, em que a ré foi surpreendida enquanto tinha em seu poder*

*significativa quantidade de entorpecente, a saber: 77,9g de cocaína, droga extremamente nociva, com a qual buscou ingressar em estabelecimento prisional, evidenciada a periculosidade concreta de sua ação, carecendo, assim, de regime de pena mais contundente e eficaz.*

*Regime mais brando certamente não atenderia ao caráter preventivo e repressivo da reprimenda imposta, equivalendo a verdadeiro incentivo a condutas similares, o que não pode ser admitido. O mesmo se dá com a pretendida substituição da pena privativa de liberdade, que de qualquer modo não é aplicável às penas superiores a 04 (quatro) anos.*

*É caso, pois, da manutenção da r.*

*sentença ora combatida, nos moldes em que lançada, pelos seus próprios fundamentos fáticos e jurídicos.*

*Vê-se que as instâncias ordinárias negaram a aplicação do aludido redutor*

considerando que as circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciaram a dedicação do réu em atividades criminosas. A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuente exame aprofundado de fatos e provas, inviável no rito eleito. 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. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. [...]"*

*2. Os requisitos legais para a incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas são agente reconhecidamente primário, com bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.*

*3. Concluído pelas instâncias ordinárias, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e na natureza da droga apreendida, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes. [...]"*

*5. Habeas corpus não conhecido." (HC 330.342/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 27/4/2016)*

*"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS E INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. [...]"*

2. Concluído pelas instâncias ordinárias, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas e integrava organização criminosa, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus. [...]

5. Habeas corpus não conhecido." (HC 353.208/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 29/04/2016)

**"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS IDÔNEAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. [...] CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]**

2. Rever o entendimento externado pela Corte de origem para o fim de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 demandaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, inviável em sede de habeas corpus. [...]

6. Habeas corpus não conhecido." Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto (HC 344.751/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 19/04/2016)

Tampouco há falar em flagrante ilegalidade na fixação do regime prisional fechado. Isso porque as peculiaridades concretas desfavoráveis – quantidade da droga apreendida atrelado ao fato relativo à tentativa de entrar com o entorpecente em estabelecimento prisional – justificam a fixação do regime prisional mais gravoso. Nesse diapasão:

**"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DO REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS. HABEAS CORPUS**

**NÃO CONHECIDO.**

[...]

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

- No caso, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal de 5 anos de reclusão, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas são circunstâncias que recomendam o regime mais gravoso para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

- Habeas corpus não conhecido." (HC 344.946/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 28/03/2016)

**"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.**

1. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

2. Fixado o regime inicial fechado não só com base na hediondez do delito, mas também em razão da natureza, quantidade e variedade dos entorpecentes apreendidos em poder do paciente - 22 porções de maconha, pesando 61,37g, 24 eppendorfs de cocaína, pesando 15,64g e 22 eppendorfs de crack, pesando 4,19g - fundamentos os quais, inclusive, justificaram a negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

3. Habeas corpus não conhecido." (HC 371.001/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 17/10/2016)

**"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 42 DA LEI DE TÓXICOS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. PREPONDERÂNCIA. ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. MINORANTE NÃO AFASTA HEDIONDEZ. MATÉRIA PACIFICADA. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. INVIÁVEL O EXAME EM RECURSO ESPECIAL.**

I - A valoração negativa da circunstância referente à quantidade e natureza das substâncias entorpecentes apreendidas, realizada, seja na primeira ou na terceira fase da dosimetria, na linha da orientação emanada do Supremo Tribunal Federal, autoriza a fixação do regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso. (Precedentes). [...]

Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp

1480517/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 11/09/2015)

Noutro vértice, contudo, a irresignação merece prosperar no que pertine ao apelo em liberdade.

A Corte de origem, seguindo anterior entendimento da Suprema Corte, determinou a expedição de mandado de prisão após o esgotamento dos recursos de segundo grau de jurisdição. Vê-se que, ao tempo de sua análise, o Tribunal estadual proferiu decisão de acordo com o entendimento jurisprudencial vigente.

Contudo, com o posterior julgamento de mérito das ADCs 43, 44 e 54, em 7/11/2019, o Supremo Tribunal Federal ressaltou que a decisão não implica na soltura imediata de todos aqueles que foram custodiados após o julgamento em segunda instância, sem que tivesse ocorrido o trânsito em julgado da condenação. Restou consignado que a situação de cada encarcerado deveria ser analisada caso a caso, podendo ser mantida na hipótese de ter o acusado respondido preso à ação penal em razão da presença dos requisitos ensejadores da prisão cautelar, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

No presente, tem-se que a paciente respondeu ao processo em prisão domiciliar, sendo determinado, pela sentença monocrática, a expedição de alvará de soltura, concedendo o direito de apelar em liberdade, com expedição de mandado de prisão somente após o trânsito em julgado.

Nessa ordem de idéias, em conformidade com o provimento liminar, é devido assegurar à paciente o direito de aguardar em liberdade o julgamento definitivo da presente impetração ou o trânsito em julgado da condenação, o que ocorrer primeiro.

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*. Todavia, concedo a ordem de ofício a fim de assegurar à paciente o direito de aguardar em liberdade o julgamento definitivo da presente impetração ou o trânsito em julgado da condenação, o que ocorrer primeiro.

Publique-se.

Intime-se.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Brasília, 23 de março de 2020.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator