



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 567879 - SP (2020/0072566-4)**

**RELATOR** : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
MARIANA PAGANO GIL - SP251644  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : RUBIANA CORREA DE OLIVEIRA  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, *CAPUT*, C/C O ART. 40 DA LEI N. 11.343/2006. 94,1 G DE MACONHA PARA ENTREGA AO COMPANHEIRO RECOLHIDO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DOSIMETRIA. QUANTIDADE QUE FUNDAMENTOU A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E O AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO E REGIME INTERMEDIÁRIO. FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. QUANTIDADE QUE NÃO JUSTIFICA EXASPERAR A PENA-BASE, AFASTAR O ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006, E IMPEDIR O *SURSIS* PREVISTO NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. Ordem concedida liminarmente nos termos do dispositivo.

### DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **Rubiana Correa de Oliveira** contra o acórdão da apelação, proferido pelo Tribunal de Justiça local na Ação Penal n. 1500208-08.2019.8.26.0530, assim ementado (fl. 52):

APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS EM PRESÍDIO. Preliminar suscitada pela Defesa via contrarrazões. Pleito de não conhecimento do apelo ministerial por ausência de interesse recursal. Configurada a sucumbência da acusação, ainda que parcial, tem-se como inquestionável o interesse recursal a ensejar o conhecimento do recurso. Preliminar rejeitada. Mérito. Materialidade e autoria comprovadas. Confissão corroborada pelos relatos seguros e coesos das agentes penitenciárias, que localizaram maconha nas vestes da ré, companheira de preso. Condenação mantida, a par de não impugnada. Pena-base agora fixada acima do piso em face de circunstância desfavorável representada pela palpável quantidade do tóxico apreendido a exigir incremento da basilar, consoante artigo 42 da Lei nº. 11.343/06. Causa de aumento reconhecida. Quadro inconciliável com o privilégio descrito no artigo 33, § 4º, da Lei de Tóxicos a exigir o afastamento do redutor erratically conferido em primeiro grau, com imposição do regime prisional semiaberto para início de cumprimento da corporal, tal como propugnado pelo Ministério Público. Concessão de “sursis” inadequada, considerado o óbice legal representado pela circunstância desfavorável invocada e montante da sanção corporal obstaculizando a benesse. Sentença reformada também neste ponto. Recurso da Justiça Pública provido.

Narram os autos que o Juízo da 3ª Vara Criminal de Ribeirão Preto/SP condenou a paciente a 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial aberto, além do pagamento de 194 dias-multa, no valor mínimo legal, pelo crime do art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por ter sido flagrada com **94,1 g de maconha**, ao tentar adentrar ao estabelecimento prisional em que seu companheiro está recolhido.

Mantida a condenação, o Tribunal de Justiça bandeirante deu provimento à apelação do *Parquet* estadual para aumentar a pena-base pela quantidade da droga apreendida, afastar a causa de diminuição da pena, aplicar a causa de aumento do art. 42 da referida norma, fixar o regime intermediário para o cumprimento da pena e impedir a concessão de *sursis*.

Vem a defesa, na presente impetração, apontar constrangimento ilegal decorrente da exasperação indevida da pena-base, do afastamento da causa de diminuição da pena e da equivocada incidência da causa de aumento.

Diz não haver nos autos *elementos que contrariem a afirmação de que a acusada é primária e com bons antecedentes. Assim, não havendo prova de que a acusada participasse de organização criminosa e ou que se dedicasse à prática de atividades ilícitas, e estando presentes os demais requisitos legais, não resta alternativa senão a aplicação do percentual máximo de diminuição da pena por ser direito subjetivo da denunciada* (fl.7).

Aduz estarem preenchidos *todos dos requisitos constantes no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, a referida causa de diminuição deve incidir em grau máximo, não podendo, ao contrário do que supõe o Ministério Público, acrescentar novos requisitos* (fl. 9).

Defende que, tendo sido consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, não há razão a justificar o estabelecimento do regime semiaberto (Súmulas 718 e 179 do STF).

Sustenta que *o regime inicial correto para o cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada à apelante é o aberto, [requerendo, por conseguinte] a substituição por pena restritiva de direitos nos moldes do artigo 44 do CP* (fl. 13).

Requer, com o pedido liminar, a suspensão dos efeitos do acórdão impugnado, permitindo-lhe aguardar em liberdade ou no regime próprio o julgamento do processo.

É o relatório.

O Superior Tribunal de Justiça não tem mais admitido a utilização do *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

Na hipótese em análise, verifica-se a ocorrência de flagrante ilegalidade capaz de justificar o conhecimento deste *writ* substitutivo de recurso especial.

Com efeito, ao que se observa dos autos, a paciente foi condenada pela prática do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, por trazer consigo **94,1 g de maconha**.

No que tange à fixação da pena-base, o Superior Tribunal de Justiça

entende que o julgador não está adstrito a critérios puramente matemáticos, havendo certa discricionariedade na dosimetria da pena, vinculada aos elementos concretos constantes dos autos. A esse respeito: AgRg no AREsp n. 1.140.562/SP, da minha relatoria, Sexta Turma, DJe 11/5/2018.

*Ademais, o quantum de aumento decorrente da negatização das circunstâncias não está estipulado no Código Penal, de forma que, com base em fundamentação concreta, devem ser observados os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da necessidade e da suficiência à reprovação e à prevenção do crime, informadores do processo de aplicação da pena (HC n. 416.254/RJ, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 11/10/2017).*

*In casu*, a pena-base foi exasperada em razão da valoração negativa das circunstâncias do crime, tão somente pela quantidade de droga apreendida, como se observa dos seguintes trechos (fl. 93 - grifo nosso):

Assim, demonstrada a materialidade e apurada a tráfico à exaustão, a condenação é a providência que se impõe, tendo a julgadora singular fixado a pena-base no mínimo legal, vale dizer, cinco (5) anos de reclusão, mais quinhentos (500) dias-multa. A solução beneficiou a ré, tal como ressaltou o Ministério Público via apelo, **isso porque a plausível quantidade de maconha exigia incremento da basilar, nos termos do artigo 42 da Lei nº. 11.343/06, possibilitando a circunstância ao agente atingir maior número de usuários, de modo a contribuir sobremaneira com a disseminação do vício e correlata destruição de lares ou famílias ou, mais especificamente, exacerbada conturbação da ordem em presídio.**

A peculiaridade negativa em pauta **não só exigia o incremento da pena básica como, também, deveria ser sopesada para indicar dedicação a atividade espúria ou integração a organização criminosa**, tal como há pouco assentou o Superior Tribunal de Justiça com lastro em remansosa jurisprudência [...].

Estipular a basilar no piso significaria equiparar a denunciada ao traficante pilhado com tóxico em quantidade mais módica (v.g., maconha), num claro e inaceitável desprezo aos princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade e individualização do “castigo”. Por isso, fixa-se a pena básica em um sexto (1/6) acimado mínimo legal, isto é, cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão, mais quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa.

Entretanto, ao contrário do afirmado pelo Tribunal de origem, não se trata de grande, mas, sim, quantidade que não justifica a exasperação da pena-base nem mesmo, per si, o afastamento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Por conseguinte, tendo sido apresentado fundamento inidôneo para afastar o mencionado redutor, sobretudo porque, repito, a quantidade de droga não se mostra expressiva, imperioso o restabelecimento da dosimetria da sentença condenatória.

No mesmo sentido, ressalto o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que a apreensão de pequena quantidade de cocaína, não obstante seja considerada uma das mais nocivas, não justifica, por si só, o aumento da reprimenda na primeira fase da dosimetria (AgInt no HC n. 403.668/SC, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 14/11/2017 – grifo nosso).

Confira-se, ainda: HC n. 406.150/ES, Ministra Maria Thereza de Assis

Moura, Sexta Turma, DJe 31/8/2017.

Ante o exposto, **concedo liminarmente** a ordem para restabelecer a sentença condenatória da paciente em todos os seus termos.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 23 de março de 2020.

Ministro Sebastião Reis Júnior  
Relator