

HABEAS CORPUS Nº 563.972 - SP (2020/0048958-4)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DANIELA SINGER CARNEIRO DE ALBUQUERQUE
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : STEPHANIE PEREIRA SALVADOR (PRESO)
PACIENTE : ALICE FRANCINI MORAIS DE OLIVEIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de STEPHANIE PEREIRA SALVADOR e ALICE FRANCINI MORAIS DE OLIVEIRA apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que as pacientes foram condenadas a 5 anos de reclusão, no regime inicialmente fechado, e tiveram negado o direito de recorrer em liberdade pela prática do delito inscrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 19/24).

Segundo a acusação, as rés traziam consigo **20 porções de maconha, com peso líquido de 33g (trinta e três gramas), 37 porções de cocaína na forma de crack, pesando 3,6g (três gramas e seis decigramas), e 16g (dezesseis gramas) de cocaína divididos em outras 30 porções** (e-STJ fl. 16).

Interposta apelação, o Tribunal de origem negou provimento aos recursos em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 26):

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. Autoria e materialidade do crime comprovadas. Réus surpreendidos com porções individualizadas de drogas diversas em local conhecido como ponto de tráfico. Confissão judicial dos réus em harmonia com os depoimentos dos policiais. Dosimetria.

[...]

2) Penas conservadas nos pisos legais para as rés STEPHANIE e ALICE. Incabível a redução das reprimendas, nos termos do artigo 33, § 4º, da presente Lei, diante das circunstâncias do caso concreto, que evidenciam o sério envolvimento delas com o nefasto comércio. Substituição das corporais por restritivas de direitos também rechaçada, até mesmo pelo quantum das penas. Regime fechado inalterado.

3) *Apelos improvidos.*

Daí o presente *writ*, no qual sustenta a defesa ilegalidade na dosimetria e na fixação do regime prisional mais gravoso para ambas as acusadas.

Assere que *"tanto Stephanie como Aline até a data dos fatos, como a presente, NÃO POSSUEM SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO, sendo assim absolutamente primárias"* (e-STJ fl. 6).

Destaca que, *"no presente caso, foram apreendidos apenas 52,6 gramas de entorpecentes, ou seja, pequena quantidade de droga, que não permite nem autoriza a conclusão de que as rés integram organização criminosa ou se dedicam a atividade criminosa"* (e-STJ fl. 6).

Aduz que as duas são primárias e portadoras de bons antecedentes e que não há provas nem fundamentos idôneos capazes de justificar o afastamento da aplicação da causa de diminuição da pena na fração máxima.

Acrescenta que, apesar de as penas-base terem sido fixadas no *quantum* mínimo, os regime prisionais foram estabelecidos com fundamento, apenas, na gravidade abstrata do delito, o que vai de encontro ao enunciado das Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e 440 desta Casa.

Por fim, assere que se encontram presentes os elementos exigidos pelo art. 44 do Código Penal a fim de que sejam substituídas as custódias por medidas diversas da prisão.

Requer (e-STJ fls. 14/15):

[...] seja concedida liminarmente a ordem para que seja reformado o V. Acórdão, para que seja redimensionada a pena imposta as pacientes, aplicando a causa de diminuição de pena, no máximo legal, e a alteração do regime inicial para o aberto com a substituição por pena restritiva de direitos. Ainda, requer seja, ao final, confirmada a liminar.

Subsidiariamente, na remota hipótese de não se aplicar o redutor previsto no parágrafo 4 do artigo 33, requer-se, ao menos, a imposição do regime semiaberto para início de cumprimento de pena, eis que preenchidos os requisitos, já que a pena é inferior a 8 anos, as rés são primárias e as circunstâncias judiciais lhe foram consideradas favoráveis.

O pedido liminar foi indeferido, em menor extensão, a fim de que as pacientes pudessem aguardar no regime aberto o julgamento deste *habeas corpus* (e-STJ fls. 34/35).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem com o abrandamento dos regimes prisionais para o intermediário (e-STJ fls. 41/45).

É o relatório.

Decido.

Preliminarmente cumpre ressaltar que, na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

No caso em tela, assim foi fundamentada a dosimetria da pena imposta às acusadas e os regime prisionais na sentença condenatória (e-STJ fls. 22/23):

3.1 Pena-base: fixo a pena-base no mínimo legal, nos termos do artigo 42 da Lei de Drogas.

3.2 Agravantes: o acusado Pedro ostenta duas reincidências, uma em crime de roubo e outra em crime de receptação, motivo pelo qual agravo sua pena em 1/3.

3.3 Atenuantes: os três acusados confessaram a prática do crime, assim, atenuo em 1/6 a pena do réu Pedro, para as duas rés, nos termos da Súmula 231 do STJ, deixo de atenuar suas penas.

3.4 Majorantes: nenhuma.

3.5 Minorantes: deixo de aplicar aos acusados o redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, primeiramente porque o réu Pedro é duplamente reincidente, conforme acima já apontado e porque evidenciou-se clara estrutura, divisão de tarefas e organização existente entre os três réus para praticarem a traficância, sendo que claramente concluiu-se que a ré Alice era olheira do tráfico, a ré Stéphanie era a pessoa que efetivamente vendia as drogas aos usuários e o réu Pedro abastecia a biqueira e recolhia o dinheiro obtido com a venda dos entorpecentes, assim, impossível a aplicação do redutor ante a estrutura existente.

3.6 Regime inicial: fechado para todos os acusados ante a gravidade da conduta por eles praticado que atinge grande número de pessoas,

observando-se que a quantidade de drogas encontradas somente não era maior porque muitas porções das drogas já haviam sido vendidas.

3.7 Substituição para pena restritiva de direitos: inviável, pela quantidade de pena fixada e pelos mesmos motivos acima expostos.

Já o Tribunal de origem assim se manifestou quanto aos temas (e-STJ fls. 29/30):

As reprimendas não comportam modificação.

*As penas de STEPHANIE e ALICE já foram conservadas nos pisos legais, ou seja, em cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa, e, como bem decidido em primeiro grau, a prova coligida indica que as rés vinham se dedicando à torpe mercancia, tanto é que não comprovaram exercício de atividade lícita (fls. 29/34) e exerciam o tráfico juntas, com nítida divisão de tarefas, motivo pelo qual não fazem jus ao redutor do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, com a nota de que **ambas já foram processadas anteriormente pela prática de delito da mesma espécie (ALINE: processo n. 616/15 certidão às fls. 48/49 e STEPHANIE: processo n. 10924/17 certidão às fls. 52)** [...]*

O montante das penas corporais impostas, por si só, inviabiliza a substituição por restritivas de direitos.

O regime prisional foi fixado pela sentença para o inicial fechado, de acordo com a Lei n. 11.464/07, e é imodificável, sendo o mais adequado à hipótese em foco para a reprovação e prevenção do delito, anotando-se, ademais - repita-se -, que os réus atuavam juntos e se dedicavam ao tráfico de drogas, lembrando, ainda, da diversidade de drogas e a natureza altamente lesiva de uma delas (crack), sem falar da múltipla reincidência de PEDRO HENRIQUE e das condenações anteriores de ALINE e STEPHANIE. (Grifei.)

Delineada a situação fática, passo à análise das teses aviadas.

Aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006

De acordo com o aludido art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja, **cumulativamente**, primário e portador de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Sob esse prisma, não vislumbro o alegado constrangimento ilegal, pois, como visto acima, **o Tribunal a quo mencionou que as pacientes respondem a outro processo pelo mesmo delito, o que, por si só, constitui fundamento capaz de afastar**

a aplicação da causa especial de diminuição da pena. 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. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA EVIDENCIADA. [...] ORDEM NÃO CONHECIDA.

[...]

3. 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 (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

4. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula 444 do STJ), podem afastar a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitem concluir que o agente é habitual na prática delitiva.

[...]

8. Habeas corpus não conhecido (HC n. 359.728/RS, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 20/03/2018, grifei).

DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. EXISTÊNCIA DE PROCESSOS CRIMINAIS EM CURSO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS CONFIGURADA. NÃO INCIDÊNCIA DA MINORANTE IN CASU. [...] AGRAVO IMPROVIDO.

1. A existência de inquéritos policiais ou de ações penais em andamento não possui o condão de exasperar a reprimenda-base, consoante o enunciado na Súmula n. 444 deste Superior Tribunal. Contudo, esta Corte firmou entendimento de que a existência de outros processos criminais contra o acusado, ainda que sem condenação transitada em julgado, afasta a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Precedentes.

[...]

3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp n. 1678417/GO, Minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 30/04/2018, grifei).

Fixação de regime inicial menos gravoso

No caso em apreço, verifica-se que a pena-base foi estabelecida no

mínimo por serem favoráveis às rés todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, tendo sido a reprimenda definitiva estabelecida em 5 anos de reclusão.

No entanto, os regimes fechados foram estabelecidos com fundamento na diversidade e na natureza dos entorpecentes apreendidos, o que não justifica a fixação do regime mais gravoso, notadamente diante da quantidade não elevada das drogas encontradas em poder das acusadas.

Assim, entendo que ambas fazem jus ao abrandamento do regime para o intermediário. A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL. SANÇÃO INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DE DROGA QUE NÃO SE MOSTRA EXORBITANTE. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA NO ACÓRDÃO RECORRIDO PARA A FIXAÇÃO DO MODO MAIS GRAVOSO. ESTABELECIMENTO DO REGIME SEMIABERTO PARA O RESGATE DA REPRIMENDA RECLUSIVA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, nos verbetes 718 e 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado.

2. Por sua vez, este Superior Tribunal de Justiça, por meio do enunciado 440 da respectiva Súmula, consignou que, "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".

3. Ademais, no julgamento do HC n. 111.840/ES, por maioria de votos, o Pleno do STF declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, por ofender a garantia constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal). Afastou, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e dos demais delitos a eles equiparados.

4. Assim, independentemente de ser o crime hediondo ou a ele equiparado, no momento da fixação do regime inicial de cumprimento da reprimenda corporal, o julgador deverá observar o quantum de pena 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 a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei de Drogas).

5. In casu, a quantidade de droga apreendida, embora não se

Superior Tribunal de Justiça

mostre pequena, não se revela exorbitante a ponto de ensejar o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o previsto de acordo com a sanção corporal aplicada, sobretudo diante da primariedade da agravada, da favorabilidade das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e da fixação da pena-base no mínimo legal.

6. Agravo não provido (AgRg no HC 536.758/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 19/11/2019, grifei).

Mantida a sanção originária, mostra-se inviável a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, já que não preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

Ante todo o exposto, **concedo parcialmente a ordem** a fim de abrandar o regime prisional imposto às pacientes para o semiaberto, cassando a liminar de e-STJ fls. 34/35.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 23 de março de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator