



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 853507 - SP (2023/0328195-1)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : IAN PINTO NAZARIO
ADVOGADO : IAN PINTO NAZARIO - SP175447
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALINE PEREIRA DA SILVA (PRESO)
CORRÉU : JOCIMARA GOMES DE ARAUJO SANTOS
CORRÉU : PATRICIA DE OLIVEIRA FERREIRA
CORRÉU : RIZIA DA COSTA LIMA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENÇÃO. SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CABIMENTO. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS CONCRETOS. REGIME PRISIONAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INCIDÊNCIA. EVIDENTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PARECER ACOLHIDO.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **Aline Pereira da Silva**, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação Criminal n. 1500731-55.2019.8.26.0583).

Narram os autos que a paciente foi condenada a 5 anos e 19 dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de tráfico de drogas.

Neste *mandamus*, o impetrante alega, em síntese, que a paciente preenche os requisitos para a incidência do tráfico de drogas privilegiado, destacando que, *pela própria descrição e fundamentação contidas manifestamente na sentença, resta demonstrado se tratar de caso de revista em dia de visita em presídio, onde algumas mulheres foram flagradas tentando entrar com drogas, dentre as quais a ré, Aline*

Pedreira, não restando comprovada a participação de qualquer outro indivíduo, nem sequer os próprios detentos que eram os visitados (fl. 8).

Aduz que é possível, tolerável, o afastamento da dita circunstância diminuinte, apenas por se tratar de mulher que tentava ingressar em estabelecimento prisional para visita de companheiro, com 100 g de maconha em sua genitália (fl. 9).

Sustenta, ainda, a existência de ilegalidade na fixação da pena-base e na aplicação do regime inicial fechado.

Requer, inclusive em liminar, a readequação da pena, fixando-se a pena-base no mínimo legal, reconhecendo-se a incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração máxima, aplicando-se o regime prisional aberto e a substituição da pena.

Indeferida a liminar, prestadas as informações de praxe, foi noticiado que a condenação transitou em julgado.

O Ministério Público Federal opinou, pelas palavras da Subprocuradora-Geral da República SAMANTHA CHANTAL DOBROWOLSKI, pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão da ordem de ofício (fls. 137/155).

É o relatório.

De início, conforme relatado acima, a condenação da paciente transitou em julgado.

Assim, este *habeas corpus* é sucedâneo de revisão criminal. Ocorre que, como não existe, neste Tribunal, julgamento de mérito passível de revisão em relação à condenação sofrida pela paciente, forçoso reconhecer a incompetência desta Corte Superior para o processamento do presente pedido. Nesse sentido, a propósito: AgRg no HC n. 494.794/MA, da minha relatoria, Sexta Turma, DJe 11/4/2019.

Contudo, *in casu*, observo a existência de ilegalidade manifesta apta à concessão da ordem de ofício.

Concordo com o parecer da nobre parecerista. Vejamos, no ponto, o que interessa (fls. 148/155 - grifo nosso):

[...]

Com relação ao impugnado aumento da pena-base, na dosimetria da penada ré Aline Pereira da Silva, confira-se, por oportuno, como o Tribunal a quo justificou citada exasperação:

"Ré Aline:

A pena-base foi fixada acima da minimidade, considerando a quantidade da droga apreendida, perfazendo em 6 (seis) anos de reclusão, além do pagamento de 600 (seiscentas) diárias mínimas. Na segunda etapa, reconhecida a confissão espontânea, a reprimenda foi reduzida em 1/6, resultando em 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. Na terceira fase, presente a causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei de Drogas, a pena foi exasperada em 1/6 e tornada definitiva em 5 (cinco) anos e 19 (dezenove) dias de reclusão, além de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

[...]

Algumas considerações sobre o cômputo das penas.

Ab initio, anoto que, embora a quantidade e natureza das drogas apreendidas em poder das acusadas, autoriza a exasperação da pena na primeira fase, ex vi do artigo 42 da Lei de Drogas, a meu ver, os aumentos perpetrados foram exagerados, devendo prevalecer o aumento mínimo de 1/6. Na segunda fase, anoto que a atenuante da confissão foi acertadamente reconhecida em relação as acusadas Rizia, Aline e Patrícia, sendo a acusada Aline beneficiada com tal circunstância, eis que sua pena foi fixada aquém do mínimo legal, em desacordo com a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

[...]

Assim, pelos motivos acima expendidos, na primeira fase, exaspero a pena-base em 1/6, a todas as acusadas, o que resulta em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Na segunda fase, reconhecida a confissão, no tocante as réas Rizia e Patrícia, retorno a reprimenda no patamar mínimo legal, qual seja, 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Em relação a acusada Aline, mantenho o mesmo critério adotado pelo Sentenciante, ou seja, em 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa" (e-fls. 94-98, grifou-se).

Infere-se daí que a majoração da pena-base na espécie fundou-se tão somente na quantidade de entorpecente apreendido.

De fato, o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 prevê que tanto a quantidade como a natureza da substância devem ser consideradas, com preponderância sobre as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, para a fixação da pena. Todavia, a quantidade apreendida no caso – 102,46 g de maconha, massa líquida –, não se mostra suficientemente expressiva para justificar a elevação da pena-base em 10 meses acima do mínimo previsto, revelando-se desproporcional a exasperação da pena-base aplicada pela prática do crime tipificado no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006.

Nesse ponto, incide o entendimento dessa Corte Superior, afirmativo de que, embora seja possível a majoração da pena-base apenas em função da natureza e da quantidade de entorpecente apreendido, tal exasperação deve ser desconsiderada em razão da pequena quantidade de droga apreendida, como ocorre na hipótese em exame. Veja-se:

[...]

Afigura-se, por isso, mais adequado e razoável, no caso, reduzir-se a pena-base da ré para o mínimo legal, qual seja, 5 anos de reclusão, o que desafia atuação corretiva, de ofício, nessa instância superior.

Quanto à incidência do redutor do tráfico privilegiado, previsto no § 4º, do art.33 da Lei de Drogas, é de se convir ser sua aplicação incompatível com a via estreita do habeas corpus, por ser defeso a esse Tribunal Superior, que não é foro revisor, atacar a convicção prolatada pela Corte de origem na dosimetria da pena,

eis que tal operação demanda análise pormenorizada do conjunto fático e probatório, aqui inviável. Ora, compete às instâncias ordinárias, que são soberanas na análise das provas, averiguar se o réu atende ou não aos requisitos do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 – primariedade, bons antecedentes, não dedicação a atividades criminosas, não participação em organização criminosa –, e aplicar ou não o aludido benefício ou, ainda, estabelecer o quantum fracionário adequado ao caso. Em convergência, colaciona-se o seguinte julgado:

[...]

Mas, como cediço, é possível analisar em sede de habeas corpus a existência de flagrante ilegalidade ou desproporcionalidade na dosimetria, o que adiante se fará.

No caso dos autos, a Corte de origem, ao dar parcial provimento ao apelo defensivo, reduziu a fração de aumento da pena-base, mantendo, contudo, afastada a aplicação do redutor do tráfico privilegiado, por entender que a quantidade de entorpecente apreendida (102,46 g de massa líquida de maconha - cf. laudo pericial de fls. 25-27) revela que a ora paciente se dedica à atividade criminosa, obstando a incidência da referida benesse. Confira-se, a propósito, o seguinte trecho do acórdão atacado:

[...]

A quantidade e a natureza do entorpecente não estão, de fato, expressamente previstas no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Mas isso não impede, segundo a jurisprudência desse Tribunal Superior, que essas circunstâncias sejam utilizadas para afastar a benesse, desde que aliadas a outras peculiaridades do caso, ou para fixar a fração a ser reduzida, se não valoradas na primeira fase da dosimetria. Nas palavras do Ministro João Otávio Noronha: “A natureza e quantidade das drogas apreendidas podem ser utilizadas supletivamente, na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, apenas quando esse vetor for conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa” (AgRg no HC n. 658.848/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, julgado em 8/2/2022, DJe 14/2/2022, grifou-se).

Todavia, no caso, como já explicitado, a quantidade de entorpecente (102,46g de massa líquida de maconha) não é suficientemente expressiva para afastar o redutor em testilha, não tendo sido apontadas outras circunstâncias concretas suficientes para embasar a negativa da benesse.

Deve ser acolhida, pois, a pretensão defensiva pela aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º da Lei n. 11.343/2006.

Finalmente, é de se anotar que a definição do regime prisional mais adequado para o caso e o exame da possibilidade de substituição da pena devem ser feitos após o devido redimensionamento da reprimenda, observando-se, para tanto, o disposto nos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal e no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

[...]

Com essas considerações, passo a redimensionar a pena da paciente.

Na primeira fase da dosimetria, fica a pena-base fixada em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Na segunda fase, há a circunstância atenuante da confissão espontânea, mas essa circunstância não pode levar a pena aquém do mínimo legal. Na terceira fase do cálculo da pena, permanece a causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas, que elevou a pena em 1/6, ficando em 5 anos e 10 meses de reclusão, e 583 dias-multa. Contudo, incide também a causa de diminuição do tráfico

de drogas privilegiado, na fração de 2/3, ficando a pena definitiva fixada em **1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, e 388 dias-multa.**

Quanto ao regime prisional, tendo em vista o redimensionamento da pena da paciente, a primariedade e os bons antecedentes, cabíveis a imposição do regime **aberto** (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal) e a **substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.**

Ante o exposto, à vista do parecer, **não conheço do habeas corpus.** **Concedo** a ordem **de ofício**, a fim de redimensionar a pena da paciente para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, e 388 dias-multa, fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos a serem implementadas pelo Juízo de primeiro grau.

Comunique-se com urgência.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 18 de outubro de 2023.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator