



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 800925 - SP (2023/0033256-1)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : YAN LIVIO NASCIMENTO
ADVOGADO : YAN LIVIO NASCIMENTO - SP424122
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VANIA REGINA VIEIRA (PRESO)
OUTRO NOME : VANIA REGINA VIEIRA ZANERATO
CORRÉU : JAKSON FARIA ROCHA DA SILVA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Tendo em vista as orientações e valores destacados no Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples, o qual está pautado em instrumentos internacionais de direitos humanos e de acesso à Justiça, adoto o relatório de fls. 670-672 (e-STJ):

"Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado em favor de Vânia Regina Vieira, apontando-se como ato coator o acórdão da 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação nº 0000916-78.2018.8.26.0430/SP.

Consta dos autos que Vânia Regina Vieira ingressou em um estabelecimento prisional, trazendo em seu canal vaginal uma porção de 79,53g de cocaína, a fim de ser entregue ao seu marido, preso no local.

Em primeira instância, Vânia Regina Vieira foi condenada pela prática do delito dos artigos 33, caput c/c 40, III da Lei nº 11.343/06, à pena de 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto (fls. 363/371) O TJSP deu parcial provimento à apelação da defesa, para redimensionar apenas e aplicá-la em 03 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, mantidos os demais termos da sentença, conforme acórdão que recebeu a seguinte ementa (fls. 12/13):

APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS NAS DEPENDÊNCIAS DEPENDENCIÁRIA. Preliminares. Eventual ausência de citação de VÂNIA suprida pela notificação prévia quanto à acusação, com entrega de cópia da denúncia. Inteligência dos artigos 563 e 572, II, do CPP.

Precedentes. Deficiência ou ausência de defesa técnica não evidenciada diante de réus assistidos por advogados dativos em todos os atos do processo. Inteligência da Súmula 523 do STF. Mera discordância do novo patrono com a linha defensiva adotada pelos anteriores defensores

que não infirma o processo. Rejeição. Mérito. Materialidade e autoria comprovadas. Confissão parcial de VÂNIA corroborada por relatos seguros e coesos dos agentes penitenciários, que apreenderam invólucro em sua vagina contendo cocaína destinada ao seu companheiro preso. Causa de aumento inquestionável. Condenações mantidas. Basilares acima do mínimo legal diante da natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos, além dos antecedentes desabonadores ostentados por JAKSON. Despropositado reconhecimento da confissão espontânea diante de VÂNIA, lamentada a resignação da Justiça Pública a respeito. Reincidência de JAKSON delineada. Aumento exagerado diante da causa de aumento. Errática incidência da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, daquela mesma Lei Extravagante em face de VÂNIA. Regime inicial fechado único adequado à conduta perpetrada e às circunstâncias adversas anotadas, mantido o retiro intermediário quanto à corré VÂNIA ante a inércia da acusação. Substituição da corporal por restritivas de direitos inviável.

Apelo provido em parte, com a readequação das penas.

Contra essa decisão a defesa impetra habeas corpus perante esse STJ.

Alegações do impetrante.

O impetrante busca a adoção do regime inicial aberto, vez que as circunstâncias do caso não justificariam a fixação do regime intermediário, por tratar-se de paciente primária e com filho menor de 12 anos dependente dos cuidados dela.

Pedido de liminar indeferido às fls. 609/610.

Informações prestadas às fls. 617/619 e 622/624."

As informações foram prestadas às fls. 615-620 e 621-629.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da ordem, mas pela concessão de ofício (e-STJ fls. 670-674).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. UTILIZAÇÃO INADEQUADA DO HC. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRETENSÃO DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO NA VIA DE REVISÃO CRIMINAL. POSSIBILIDADE DE REFORMADO REGIME INICIAL. PACIENTE PRIMÁRIA, PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL, PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. PENA CONCRETA QUE ADMITE O REGIME INICIAL ABERTO. PRECEDENTE DO STJ. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS. SE CONHECIDO, PELA CONCESSÃO DA ORDEM."

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sedimentou orientação no sentido de não admitir *habeas corpus* em substituição a recurso próprio ou a revisão criminal, situação que impede o conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que se verifica flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal.

Veja-se:

*"O **habeas corpus** não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício"*

(AgRg no HC n. 895.777/PR, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/4/2024, DJe de 8/4/2024).

*"De acordo com a jurisprudência do STJ, não é cabível o uso de **habeas corpus** como sucedâneo de revisão criminal, notadamente quando não há indicação de incidência de alguma das hipóteses previstas no art. 621 do CPP. Precedentes"*

(AgRg no HC n. 864.465/SC, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 18/3/2024, DJe de 20/3/2024).

*"A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça restringe a admissibilidade do **habeas corpus** quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem de ofício (HC nº 535.063/SP)".*

(AgRg no HC n. 741.874/SP, sob a minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 5/3/2024, DJe de 8/3/2024).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no mesmo sentido:

*"Do ponto de vista processual, o caso é de **habeas corpus** substitutivo de agravo regimental (cabível na origem). Nessas condições, tendo em vista a jurisprudência da Primeira Turma desta Corte, entendo que o processo deve ser extinto sem resolução de mérito, por inadequação da via eleita (HC 115.659, Rel. Min. Luiz Fux) (...) A orientação jurisprudencial deste Tribunal é no sentido de que o "**habeas corpus** não se revela instrumento idôneo para impugnar decreto condenatório transitado em julgado" (HC 118.292-AgR, Rel. Min. Luiz Fux). 4. O caso atrai o entendimento desta Corte no sentido de que não cabe **habeas corpus** para reexaminar os pressupostos de admissibilidade de recurso interposto perante outros Tribunais (HC 146.113-AgR, Rel. Min. Luiz Fux; e HC 110.420, Rel. Min. Luiz Fux). (...)*

(HC 225896 AgR, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 17/5/2023).

O entendimento é de elevada importância, devendo ser utilizado para preservar a real utilidade e eficácia da ação constitucional, qual seja, a proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a necessária celeridade no seu julgamento.

A concessão de ofício da ordem, nos termos dos arts. 647-A e 654, § 2º, do Código de Processo Penal, depende da existência de flagrante ilegalidade.

Passo a análise de ofício

A controvérsia posta nos autos é se a natureza e quantidade dos

entorpecentes apreendidos – 79,53g de cocaína (e-STJ fl. 18) – é elemento suficiente para a modulação do redutor do tráfico privilegiado na fração de 1/3.

Sobre a matéria em análise, a Jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que "a quantidade e a natureza da droga apreendida podem servir de fundamento para a majoração da pena-base ou para a modulação da fração da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, desde que, neste último caso, não tenha sido utilizada na primeira fase da dosimetria" (AgRg no AREsp n. 2.465.919/PR, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 19/3/2024, DJe de 22/3/2024.)

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA DE REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS SOPESADAS NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MODULAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO EM 1/6. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No caso, encontra-se justificada a redução de 1/6 da pena por incidência da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas, não se constatando ilegalidade na dosimetria então fixada, tendo em vista a quantidade, natureza e variedade das drogas apreendidas (110 microtubos contendo cocaína, 41 porções de maconha, 15 pedras de crack e 10 comprimidos de ecstasy). Destaque-se que a quantidade droga apreendida não foi utilizada na primeira fase da dosimetria.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 840.864/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 4/3/2024, DJe de 6/3/2024.)

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. SÚMULA 7 DO STJ. ART. 8.2, "H", DO PACTO SAN JOSÉ DA COSTA RICA (DECRETO N. 678/1992). VIOLAÇÃO NÃO VERIFICADA. DOSIMETRIA DA PENA. ART. 33, § 4.º, E ART. 42, AMBOS DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

[...]

3. A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados na lei, sendo, contudo, permitido ao julgador atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada.

4. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, 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.

5. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum dessa redução, os tribunais superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem servir para a modulação de tal índice (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA

FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

6. A fundamentação apresentada pela Corte estadual está de acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, a qual possui o entendimento de que a quantidade da droga apreendida pode justificar a aplicação do § 4º em fração inferior a 2/3. Precedentes.

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 2.103.959/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 4/3/2024, DJe de 7/3/2024.)

No caso, o acórdão fundamentou a aplicação do redutor do tráfico privilegiado nos seguintes termos (e-STJ fl. 28):

"No que tange à coacusada VÂNIA, contudo, a juíza reconheceu o "privilégio" do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, reduzindo sua pena de um terço (1/3), a perfazer, agora, três (3) anos, dez (10) meses e vinte (20) dias de reclusão, mais trezentos e oitenta e oito (388) dias-multa, unidade das pecuniárias no piso.

Evidente o equívoco, porquanto deixou claro o Superior Tribunal de Justiça que a quantidade e a nocividade das drogas apreendidas, bem como as circunstâncias da abordagem do agente, por si sós, indicam a maior periculosidade social da ação, obstáculo à incidência da causa de redução de pena (STJ, HC182359/RJ)."

Verifica-se, portanto, que a fundamentação do acórdão está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, não se observando qualquer constrangimento ilegal quanto ao ponto.

Por outro lado, constato a existência de constrangimento ilegal quanto à fixação do regime inicial semiaberto, pois, nos termos da Súmula Vinculante 59 "é impositiva a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06) e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP), observados os requisitos do art. 33, § 2º, alínea c, e do art. 44, ambos do Código Penal".

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus* e concedo a ordem de ofício para estabelecer o regime aberto de cumprimento de pena e substituir a pena restritiva de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem definidas pelo juízo da execução penal.

Comunique-se, com urgência, o teor desta decisão ao Tribunal de origem e ao respectivo juízo de primeiro grau.

Após, ciência ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 17 de abril de 2024.

Ministra Daniela Teixeira

Relatora

Documento eletrônico juntado ao processo em 17/04/2024 às 22:30:09 pelo usuário: SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS