

HABEAS CORPUS Nº 492.542 - SP (2019/0037550-3)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNO HADDAD GALVÃO - SP264412
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADRIANA BEATRIZ TEODORO DOS SANTOS (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ADRIANA BEATRIZ TEODORO DOS SANTOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido nos autos da Apelação n.º 0000446-48.2018.8.26.0559.

Consta dos autos que a Paciente – presa em flagrante delito, no dia 03/04/2018, por trazer consigo, para fins de entrega e fornecimento a terceiros, **6 porções de cocaína, pesando 2,46 gramas** – foi condenada às penas de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 166 dias-multa, como incursa no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, vedado o apelo em liberdade.

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem negou provimento.

Neste *writ*, alega-se, em síntese, que a Paciente faz jus ao regime inicial aberto e à substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Pede-se, em liminar, seja permitido à Paciente aguardar em liberdade o julgamento do *habeas corpus*.

No mérito, requer-se a fixação do regime aberto para o inicial cumprimento da pena e a substituição da pena reclusiva por sanções restritivas de direitos.

É o relatório.

Decido o pedido urgente.

Observe, em juízo de cognição sumária, que estão preenchidos os requisitos para a concessão da liminar, em extensão diversa da que pleiteada.

De início, quanto ao regime de cumprimento de pena, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do

regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Nesse sentido:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTO INIDÔNEO E ABSTRATO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. CONDENAÇÃO INFERIOR A 8 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A previsão legal que determinava a aplicação do regime fechado como inicial para o cumprimento da pena reclusiva foi declarada inconstitucional, pelo Plenário do STF no julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. DIAS TOFFOLI), sendo, a partir de então, afastada a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, tendo lá ficado consignado que as regras do art. 33 do CP deveriam ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados.

2. Inadmissível a utilização da quantidade da droga apreendida quando não relevante 57,6 gramas de maconha e 46,2 gramas de cocaína, bem como de fundamentação abstrata a justificar a imposição do regime mais gravoso, pois, nos termos do § 3º do art. 33 do CP, a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 do Código. Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

3. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 397.009/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018; sem grifos no original.)

No caso, o Juízo sentenciante fixou o regime inicial fechado, consignando ser *"o único compatível com a gravidade do crime praticado, sendo notório que o tráfico de drogas é o motor da criminalidade organizada e atrai milhares de jovens para a dependência e marginalidade, aniquilando suas famílias e desestruturando nossa sociedade, devendo ser duramente reprimido"* (fl. 28).

A Corte de origem, por sua vez, negou provimento à apelação interposta pela Defesa e manteve o regime prisional, mediante a seguinte fundamentação (fls. 45-47; sem grifos no original):

"Foi fixado o regime inicial fechado, o qual deve ser mantido.

A Lei nº 11.343/06, ou seja, lei de drogas, é uma legislação especial em relação ao Código Penal, que é uma lei de caráter geral.

Assim sendo, por se tratar a Lei nº 11.343/06 de uma lei especial, o legislador pode nela inserir dispositivos, como por exemplo, proibir a conversão da pena privativa de liberdade, por restritivas de direitos, seja qual for a quantidade de entorpecente apreendida com o autor do crime, justamente por ser uma norma especial, isto é, foi criada com o objetivo específico de reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes. Muito ao contrário do Estatuto Penal, que dita regras sobre centenas de condutas ilícitas.

Desta forma, com base na técnica processual, não vejo qualquer desrespeito à Resolução nº 5/2012 do Senado Federal, publicada em 16 de fevereiro de 2012, que foi originada pela decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal, nos autos de Habeas Corpus nº 97.256/RS, que suspendeu a execução da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos', contida no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06.

[...]

Quanto ao regime prisional, da mesma forma, por se tratar a lei de tóxicos de lei especial, em relação ao Código Penal, o legislador tem o direito de fixar o regime fechado, muito embora a pena seja inferior a 8 anos e o réu não seja reincidente.

Aliás, a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLIII, dispõe:

'a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.'

Logo, há uma velha regra de Direito que diz que 'quem pode o mais, pode o menos'. Assim, no caso ora sob exame, se aos crimes de tráfico de entorpecentes não são permitidos a concessão de fiança, nem da obtenção de graça ou anistia, é óbvio que o menos será o regime prisional. Portanto, se para tais crimes o regime obrigatório é o inicial fechado, não é possível conceder-se regime mais brando aos apenados por tais crimes.

[...]"

Ocorre, no entanto, que, considerando a pena imposta – 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão –, a primariedade da Paciente e a inexistência de circunstâncias judiciais negativas (fl. 28), mostra-se cabível a fixação do regime inicial aberto, conforme o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INTEMPESTIVIDADE DO APELO NOBRE. PRAZO COMPUTADO NOS MOLDES DO ART. 798 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES.

PENA RECLUSIVA DE 1 ANO, 11 MESES e 10 DIAS. REGIME FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES ALTERNATIVAS. REFERÊNCIA À HEDIONDEZ DO CRIME. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA.

[...]

3. Cominada a pena reclusiva de 1 ano, 11 meses e 10 dias, tendo em vista a apreensão de 26,15g (vinte e seis gramas e quinze centigramas) de cocaína e 9,16g (nove gramas e dezesseis centigramas) de maconha, verifico flagrante ilegalidade na fixação do regime fechado e no indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

4. Com efeito, estipulada a pena-base no mínimo legal, reconhecida a primariedade da agente e cominada a minorante do tráfico privilegiado na fração máxima, não é possível negar esses benefícios com espeque na hediondez do delito e na quantidade de estupefaciente apreendido que, no caso, é inexpressiva. Incidência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719/STF.

5. Agravo regimental desprovido. Habeas corpus concedido, de ofício, para fixar o regime aberto e conceder a substituição da pena." (AgInt no AREsp 1.142.322/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe 12/03/2018; sem grifos no original.)

Confirmam-se, a propósito, os enunciados n.ºs 718 e 719 das Súmulas do Supremo Tribunal Federal, respectivamente:

"A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada."

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

Aplicável, portanto, à hipótese, o verbete n.º 440 da Súmula deste Tribunal, *in verbis*:

"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."

Por fim, a pleiteada substituição da pena privativa de liberdade deve ser aferida em momento oportuno, após a devida instrução do *writ*.

Ante o exposto, DEFIRO o pedido liminar, em extensão diversa, para

determinar, até o julgamento definitivo deste *writ*, a fixação do regime aberto como o inicial para o cumprimento da pena imposta à Paciente, com as condições a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais.

Oficie-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao Juízo de primeiro grau, encaminhando-lhes cópia desta decisão.

Requisitem-se informações ao Tribunal de origem, notadamente acerca do cumprimento da pena imposta à Paciente.

Após, remetam-se os autos ao Ministério Público Federal para o parecer.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 11 de fevereiro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora

