

HABEAS CORPUS Nº 467.837 - SP (2018/0229418-1)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : RENATA SIMÕES STABILE BUCCERONI - SP235145
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAVID ALVES DA SILVA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, interposto por DAVID ALVES DA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0005244-61.2017.8.26.0050).

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei n. 11.343/06 (tráfico privilegiado), à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, substituída a reprimenda corporal por restritivas de direito.

Interposta apelação, pelo Ministério Público Federal, o Tribunal de parcial provimento ao recurso para elevar a pena para 2 anos de reclusão e fixar o regime fechado. Eis a ementa do julgado:

Tráfico de entorpecentes – Apreensão de 307 porções de cocaína – Aumento da pena base – Art. 42, da Lei de Entorpecentes – Possibilidade;

Tráfico de entorpecentes – Envolvimento de adolescente – Art. 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/06 – Ausência de comprovação de que o menor participava da comercialização ou de que era destinatário da droga – Não caracterização.

Tráfico de entorpecentes - Réus primários e sem antecedentes – Ausência de prova de que integrem associação criminosa ou que se dediquem a essas atividades – Aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 - Possibilidade - Redução que se mostra justa e suficiente à reprovação da conduta.

Tráfico de entorpecentes – Regime prisional – Crime grave, que abala a ordem pública, na medida em que é capaz de atingir grande número de pessoas – Regime fechado - Cabimento – Conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade – Possibilidade – Recurso parcialmente provido. (fl. 37)

No presente *mandamus*, alega, em síntese, que a fixação de regime inicial mais gravoso carece de fundamentação idônea, uma vez que pautada exclusivamente na gravidade abstrata do delito. Invoca os Enunciados n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Requer, assim, em liminar, a expedição de alvará de soltura e, no mérito, o restabelecimento do regime inicial aberto.

O pedido de liminar foi deferido às fls. 63/65 para "*que o paciente aguarde o julgamento do presente writ em regime semiaberto*".

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pela "*parcial concessão da ordem, a fim de readequar o regime inicial para o semiaberto, conforme liminar deferida*" (fl. 93).

É o relatório.

Decido.

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio (cf.: HC 358398/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 09/08/2016).

Por outro lado, diante das particularidades do caso concreto, entendo ser possível a concessão da ordem, de ofício, para alteração do regime inicial de cumprimento da pena, ante a existência de flagrante desrespeito ao Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte.

Confirmam-se, aliás, os seguintes trechos do acórdão impugnado:

[...]

E nesse sentido, com todo respeito ao entendimento da ilustre Magistrada sentenciante, tem-se que a pena imposta merece mesmo alguma correção.

Isso porque, embora as circunstâncias judiciais sejam favoráveis aos acusados, já que primários e sem antecedentes desabonadores, não se pode deixar de considerar que eles foram presos em flagrante quando traziam consigo grande quantidade de cocaína (307 porções fls. 14/15), droga com grande potencial de causar dependência e que certamente atingiria um número incalculável de consumidores, com consequências devastadoras para a sociedade.

De mais a mais, trata-se de conduta altamente reprovável, capaz de gerar lucro ilícito considerável e que nos termos do art. 42, da

Lei nº 11.343/06 autoriza a exasperação da pena base, principalmente porque prepondera sobre o disposto no art. 59, do Código Penal.

Assim, entende-se justo e suficiente à reprovação da conduta dos réus, o aumento da pena base de cada um deles em 1/5, que fica estabelecida em 6 anos de reclusão e 600 dias-multa, de valor unitário mínimo, que se torna definitiva, na ausência de circunstâncias modificadoras.

Entretanto, na terceira fase, a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/06 não restou bem demonstrada.

É que, embora os acusados tenham sido presos quando estavam na companhia do adolescente Lawander Marcondes Alves Faria, tanto no flagrante (fls. 6), quanto em juízo (mídia digital) ele negou qualquer envolvimento no tráfico e essa negativa não foi infirmada pelos depoimentos dos policiais, que nada informaram a propósito da participação do menor no delito.

Como, então, as demais provas não demonstraram que ele estava efetivamente envolvido na prática do delito, ou que era destinatário da droga apreendida declarou-se usuário de maconha melhor há de ser, na dúvida, a manutenção do afastamento da qualificadora.

Da mesma forma, era mesmo caso de fazer incidir a regra do art. 33, §4º, da Lei de Drogas, pois a simples referência no sentido de que os apelados exercem a traficância, desacompanhada de prova concreta, não significa que se destinem à atividade criminosa, ou que integrem organização dessa natureza a ponto de justificar a exclusão da causa especial de diminuição da pena.

Cuida-se, na verdade, de causa especial de diminuição de pena que deve ser aplicada sempre que presentes os requisitos legais previstos na Lei de Drogas, ou seja, mera suposição não proíbe a redução.

Além de tudo isso, os réus são primários e sem antecedentes, o que recomenda, então, a incidência da regra prevista no referido dispositivo, observando a impossibilidade de redução do patamar aplicado, já que a quantidade de entorpecente já serviu para o aumento na primeira fase da dosimetria, perfazendo, então, 2 anos de reclusão e 200 dias-multa, de valor unitário mínimo, para cada acusado.

Em relação ao regime, cumpre considerar que o tráfico de drogas causa indiscutível abalo à ordem pública, na medida em que o traficante consegue atingir um número elevado de pessoas, que acabam se envolvendo em outros delitos. Por isso, em face da gravidade concreta da conduta e da evidente periculosidade daqueles envolvidos nesses crimes, de rigor a segregação dos agentes no regime fechado, onde poderão demonstrar aptidão e preparo para voltarem a conviver em sociedade, sem desconsiderar, de qualquer forma, que foi declarada inconstitucional a obrigatoriedade desse regime. (fls. 39/42)

Embora a pena não tenha ultrapassado 4 anos, o regime semiaberto mostra-se mais adequado à maior gravidade do delito, evidenciada pela natureza da droga apreendida – cocaína. Tal elemento afasta também a possibilidade de substituição da pena por restritivas de direitos.

Quanto ao tema, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL INTERMEDIÁRIO. [...] ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

In casu, em razão de as circunstâncias judiciais serem favoráveis (art. 59 do Código penal - CP), de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e de a pena aplicada ser inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, alínea "c", do CP), caberia a fixação do regime inicial aberto. Todavia, a diversidade, natureza e variedade dos entorpecentes (art. 42 da Lei n. 11.343/06) - 59 pinos de cocaína (37,8 gramas), 13 pacotes plásticos que continham pinos de plástico de crack (234,5 gramas), 1.297 papelotes plásticos de maconha (3,942 gramas) e 19 embalagens plásticas de maconha (3.030 gramas) - é fundamentação idônea para justificar a imposição do regime inicial mais gravoso, mas que, no caso é o semiaberto, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do CP e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

[...]

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto, bem como determinar que o Juízo das Execuções considere a possibilidade da detração. (HC 384.990/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 04/09/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA QUE JUSTIFICA A FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA (1/2) UTILIZADA. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM O BENEFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO

CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719 do STF.

- Nos termos do entendimento firmado por esta Corte Superior de Justiça, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais severo. Na hipótese, o acórdão recorrido fundamentou a necessidade do regime fechado com base na quantidade e na nocividade da droga apreendida.

- Embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos (pena de 2 anos e 6 meses de reclusão), cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, fazendo jus o paciente ao regime intermediário, qual seja, o semiaberto. Precedentes desta Corte.

- Ainda que o quantum de pena fixado seja inferior a 4 (quatro) anos, a quantidade e a nocividade do entorpecente apreendido não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto. (HC 309.921/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 13/04/2016)

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS NATUREZA. PREVISÕES LEGAIS DECLARADAS INCONSTITUCIONAIS PELO STF. FUNDAMENTO TAMBÉM COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (99 INVÓLUCROS CONTENDO APROXIMADAMENTE 20 GRAMAS DE COCAÍNA). FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO. FUNDAMENTO CONCRETO PARA A FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO - O SEMIABERTO - E NÃO O FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar tanto a imposição do regime mais severo, quanto o indeferimento da substituição das penas, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada. Precedentes.

4. *Embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos - 2 anos e 6 meses - cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, fazendo jus o paciente ao regime semiaberto.*

5. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva.* (HC 338.541/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 07/12/2015).

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília (DF), 13 de fevereiro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator