

HABEAS CORPUS Nº 494.142 - SP (2019/0047013-0)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : MONICA APARECIDA FERREIRA E OUTROS
ADVOGADOS : MONICA APARECIDA FERREIRA - SP219881
DAIANE BERGAMO - SP351091
LUCAS SIA RISSATO - SP348442
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDSON DE SOUZA MOREIRA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de **Edson de Souza Moreira**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação Criminal n. 0004014-81.2014-8.26.0666).

Narram os autos que o Juízo de Direito da comarca de Artur Nogueira/SP condenou o paciente como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 2 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 250 dias-multa, concedido o direito de recorrer em liberdade (fls. 121/128).

Inconformada, a defesa interpôs apelação, a qual foi desprovida pelo Tribunal local, nos termos da seguinte ementa (fl. 196):

Apelação da Defesa - Tráfico de Drogas - Provas suficientes à condenação - Materialidade e autoria comprovadas - Circunstâncias reveladoras do crime de tráfico de entorpecentes - Desclassificação da conduta para aquela prevista no artigo 28 da Lei Antidrogas - Apreensão de expressiva quantidade de droga - Fatores que, associados à prova produzida, levam à conclusão de que os entorpecentes eram destinados ao consumo de terceiros - Condenação mantida - Pena-base fixada no mínimo legal - Incidência das circunstâncias atenuantes da menoridade e da confissão espontânea, sem reflexo na pena, a teor da Súmula 231, do STJ - Réu beneficiado com a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 - Inviável a aplicação da fração de 2/3, tendo em vista a posse de grande quantidade de entorpecente, além da não comprovação de ocupação lícita - Impossibilidade da fixação de regime inicial aberto e da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos - Mercês incompatíveis com delitos de singular gravidade - Necessidade de maior repressão ao tráfico de entorpecentes - Recurso de apelação desprovido, com determinação.

Alega a impetrante que o paciente sofre constrangimento ilegal, porque cabível, no caso, a redução legal por força da benesse elencada no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no patamar máximo de 2/3, em razão da primariedade do paciente, bem como dos bons antecedentes, e por não haver dedicação a atividades criminosas, muito menos integrar o paciente organização criminosa. Aduz, ainda, que, não houve fundamentação idônea para a fixação do regime inicial fechado, já que preenchidas as circunstâncias judiciais favoráveis e ensejadoras do cumprimento da pena em regime mais brando.

Postula, ao final, a concessão liminar da ordem, para que seja reconhecido o direito à redução legal no patamar máximo previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como a fixação de regime inicial mais brando e a substituição da pena carcerária pela restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal (fls. 12/14).

É o relatório.

O deferimento de liminar em *habeas corpus* é medida de caráter excepcional, cabível apenas quando a decisão impugnada estiver eivada de ilegalidade flagrante, demonstrada de plano.

Em juízo de cognição sumária, afigura-se impertinente qualquer discussão, aqui e agora, relativa à dosimetria da pena, por merecer um exame mais detalhado dos autos. Por ora, não há como afastar a conclusão de que referida *diminuição somente não deve incidir no patamar máximo em virtude da significativa quantidade de maconha encontrada em posse do acusado (quase meio quilo), a indicar que este já estava há algum tempo se dedicando à prática do crime de tráfico de entorpecentes, não sendo crível que alguém receba, logo na primeira vez que resolve cometer referido delito, relevante quantidade de entorpecentes, razão pela qual não pode ser beneficiado com o redutor em seu grau máximo* (fl. 123).

Já no que se refere ao regime prisional fechado para o início de cumprimento da pena, vislumbro a existência de manifesto constrangimento ilegal merecedor de reparação e que justifica a antecipação da tutela de urgência.

Ao fixar o regime, o magistrado sentenciante consignou (fl. 124):

O regime inicial de cumprimento de pena deve ser o fechado, conforme prevê o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, sendo certo que sua inconstitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, pelo que não vincula o entendimento deste Magistrado, que considera mencionado dispositivo legal consentâneo com o que dispõe o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal.

O Tribunal *a quo*, por sua vez, manteve inalterado o regime inicial fixado na sentença condenatória, mediante os seguintes fundamentos (fls. 203/206 - grifo nosso):

Em que pesem as alegações da defesa, entendo descaber a fixação de regime diverso para início do cumprimento da pena ou mesmo a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, diante da expressa e inequívoca gravidade do crime de tráfico de drogas.

Não se olvide da recente decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal, reconhecendo, em caráter incidental, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos, que estabelece o cumprimento da pena em regime inicialmente fechado, aos agentes condenados por crimes hediondos e equiparados (STF, 111.840/ES, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, julgado de 27-06-12), todavia, a norma citada está em pleno vigor e a recente decisão da Suprema Corte não impõe de forma obrigatória o acatamento do novo entendimento.

Registra-se ainda que o Excelso Supremo Tribunal Federal recentemente também reconheceu, de modo incidental, a inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em pena restritiva de direitos” constantes dos artigos 33, § 4º e 44 da Lei Antidrogas.

Esse reconhecimento de inconstitucionalidade, todavia, não implica substituição automática da pena de prisão por pena restritiva de direitos. Na decisão é ressalvada a possibilidade de o julgador analisar, em cada caso concreto, a viabilidade e admissibilidade dessa substituição.

Tal como veiculado de forma contínua nos diários de grande circulação no país, **o tráfico de drogas vem se tornando assustadoramente contumaz no cotidiano das grandes, médias e até mesmo pequenas cidades**, inclusive aquelas incrustadas nos mais distantes rincões da nação.

Não há distinção entre ricos ou pobres, raça ou religião; **o comércio ilegal avança de forma incontrollável**, ora favorecido pela insuficiência policial, ora beneficiado pelo abrandamento do rigor penal.

Evidentemente o grande traficante, o responsável pela distribuição da droga em determinada região ou cidade, não se envolverá diretamente na comercialização da droga; valer-se-á do jovem preterido pela sorte, disposto a lutar por algum dinheiro que propicie a imediata realização de necessidades básicas.

Ocorre então a perfeita comunhão de interesses.

De um lado, o responsável pelo tráfico, que se arrima em incautos jovens, inimputáveis pela tenra idade, ou de passado até então escorreito, para comercializar seu produto, e de outro o pequeno cidadão que, eventualmente detido pela prática espúria, poderá ser beneficiado com a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos.

O número de pessoas que poderiam ser servidas com as drogas, bem demonstra a periculosidade latente do réu, recomendando o cumprimento da pena no regime inicial fechado e obstando a substituição da pena por quaisquer das medidas alternativas.

Outrossim, uma vez encerradas as vias recursais ordinárias e considerando que eventual inconformismo dirigido às Instâncias Superiores não é dotado de efeito suspensivo, parece necessária a expedição de mandado de prisão, independentemente do trânsito em julgado, para que se dê cumprimento à decisão ora exarada.

Tal providência conta com respaldo na Súmula 267 do Superior Tribunal de Justiça, que assenta a inteligência de que “a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”.

Vale mencionar, ainda, o posicionamento adotado pela Suprema Corte, ao analisar as consequências da solução condenatória confirmada ou prolatada em segunda instância (HC nº 126.292/SP).

Não enxergo, em nenhuma das decisões das instâncias ordinárias, fundamentação idônea para a fixação do regime fechado.

Isso porque, não obstante a primariedade do paciente e o *quantum* da pena não ultrapassar 4 anos de reclusão (2 anos e 6 meses de reclusão), as instâncias ordinárias determinaram o regime mais gravoso em razão da hediondez e da gravidade abstrata do crime.

Ora, conforme posicionamento firmado nesta Corte, tratando-se de réu primário, fixada a pena-base no mínimo legal e aplicado o redutor no grau médio (fl. 124), mostra-se inadmissível a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que aquele previsto para a sanção aplicada, com base apenas na

gravidade abstrata do delito (Súmula 440/STJ). No mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719/STF.

Deixo o pronunciamento a respeito da substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos para a ocasião do julgamento do mérito da insurgência.

Nesse contexto, **defiro a liminar, em menor extensão**, apenas para assegurar ao paciente o direito de aguardar, no regime **aberto**, o julgamento de mérito do presente *writ*, salvo se por outro motivo estiver preso ou cumprindo pena.

Comunique-se, com urgência.

Solicitem-se informações à autoridade apontada como coatora. Após a juntada das informações, dê-se vista ao Ministério Público Federal.

Após, devolvam-se os autos.

Publique-se.

Brasília, 19 de fevereiro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator