HABEAS CORPUS Nº 482.640 - SP (2018/0325940-7)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO WILD AFONSO OGAWA FILHO - RS086384B
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	MARCIO HENRIQUE MENDONCA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA NO PATAMAR MÁXIMO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE DE DROGA. REGIME PRISIONAL. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de MÁRCIO HENRIQUE MENDONÇA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido nos autos da Apelação Criminal n.º 0000231-42.2015.8.26.0603.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado, pela prática do crime capitulado no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, em regime fechado, por manter em depósito para comercialização, juntamente com corré, **64,82 g de cocaína –** distribuída em: a) 15,30g divididos em 21 porções acondicionadas em microtubos plásticos (do tipo "eppendorf") e b) 49,52 g em porção única acondicionada em plástico –, sem autorização e em desacordo com determinação legal.

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso de apelação da defesa para afastar a agravante da reincidência e reduzir a pena para 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário, em regime inicial fechado.

O acórdão foi assim ementado (fl. 106):

"APELAÇÃO CRIMINAL – PRELIMINAR – PRETENDIDA A FIXAÇÃO DE MULTA AO ADVOGADO CONSTITUÍDO PELO RÉU

> *POR ABANDONO PROCESSUAL – ACOLHIMENTO – Tendo o Advogado constituído pelo réu, embora devidamente intimado, inclusive pessoalmente, deixado de cumprir atos indispensáveis para a Defesa de seu cliente e ao andamento processual, qual seja, a apresentação de razões de Apelação, e não tendo justificado a sua inércia, não comprovando ter notificado o seu cliente sobre eventual renúncia do mandato por este outorgado, tampouco continuado a representá-lo durante os dez dias seguintes à eventual notificação, de rigor a imposição de multa, nos termos do artigo 265 do Código de Processo Penal. TRAFICO DE ENTORPECENTES - PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS OU A DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06 - IMPOSSIBILIDADE - Inviável a absolvição ou a desclassificação para o delito do artigo 28 da Lei nº 11.343/06 se as circunstâncias que envolvem os fatos, a quantidade de drogas, e a forma como parte delas estava embalada, dentre outras, evidenciam a prática do tráfico de entorpecentes – Não se pode negar valor aos depoimentos de policiais quando os mesmos são essencialmente harmônicos e não se vislumbra nenhuma razão para incriminarem injustamente o réu. Recurso parcialmente provido, para fixar a multa no valor de 10 salários mínimos a Advogado, por abandono processual, nos termos do artigo 265 do Código de Processo Penal, e afastar a circunstância agravante da reincidência, reduzindo-se as penas.*"

No presente *writ*, a Defesa almeja que seja aplicada a causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, argumentando que "*o paciente é primário, ostenta bons antecedentes, não integra qualquer espécie de organização criminosa e não se dedica a atividades criminosas*" (fl. 3).

Com a aplicação da minorante, afirma que o Paciente tem direito ao regime aberto e à substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

Ao final, requer, liminarmente e no mérito, "*que seja aplicada ao paciente a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da lei n° 11.343/06, modificado o regime inicial de cumprimento de pena fechado para o aberto e convertendo-se a pena corporal em restritiva de direitos, até final julgamento do presente* habeas corpus" (fl. 20).

A liminar foi indeferida pela decisão de fls. 83-85.

Consoante as informações prestadas pela Corte *a quo*, "*aos 29 de novembro último, foi deferida a progressão ao regime semiaberto em favor de Marcio*"

(fl. 93). É o que se constata, também, da decisão de fl. 134.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 161-167, manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão da ordem de ofício, para que seja reconhecida a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

É o relatório.

Decido.

O Magistrado de primeiro grau afastou a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006 da seguinte maneira (fls. 33-34):

> *"Atento à diretriz do art. 59 do Código Penal, verifico que o réu Márcio é reincidente em crime doloso (fls. 95), de modo que fixo a pena um pouco acima do mínimo legal, ou seja, em cinco anos e dez meses de reclusão e pagamento de quinhentos e oitenta e três dias-multa.* ***Não é caso de reconhecer-se a redução de pena prevista no § 4.º do artigo 33 da Lei n.º 1l.343/06, posto que o réu Márcio é reincidente e se dedica a atividade criminosa, tanto que foi preso em flagrante, está sendo condenado por tráfico de entorpecente*** *e, segundo depoimento do policial Fábio, continua traficando. Ademais, tal dispositivo ofende o princípio da proporcionalidade das penas, uma vez que a reprimenda deve ser proporcional à reprovabilidade da conduta e não é aceitável que a pena do crime de tráfico de entorpecente seja reduzida de até dois-terços, muito aquém do mínimo legal estabelecido, já que isso importaria na imposição de pena absolutamente desproporcional à gravidade do delito."* (fls. 33-34)

O Tribunal proveu, em parte, a apelação defensiva para afastar a agravante da reincidência, por entender que a ação penal, a que responde o Paciente, ainda não havia transitado em julgado (fl. 74).

Na ocasião, aquele Sodalício reduziu a pena aplicada para o mínimo legal – 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa – mantendo o afastamento do redutor previsto no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, nestes termos (fls. 74-76; sem grifos no original):

> *"O MMº Juiz, na primeira fase da dosimetria, atento ao disposto no artigo 59 do CP, fixou a pena-base no mínimo legal (05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo legal), porque nenhuma circunstância judicial é desfavorável ao réu.*

Na segunda fase, reconhecida a circunstância agravante da reincidência (fls. 95), ***o sentenciante aumentou a pena em 1/6, o que não se mostrou adequado, uma vez que não consta da referida certidão que se trata de condenação definitiva, já que inexistente a informação do trânsito em julgado para a Defesa****. Assim, afasto a reincidência, mantendo a pena do réu no patamar em que se encontrava.*

Já na terceira fase, o sentenciante deixou corretamente de aplicar a causa de redução de pena do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, pois, ***apesar de o acusado ser primário e não ter maus antecedentes, bem como inexistirem evidências de que esteja envolvido em organização criminosa****, a quantidade de entorpecentes apreendida (21 eppendorfs contendo cocaína, pesando 15,30g, e mais uma porção da mesma droga com peso de 49,52g), somada à quantia em dinheiro, produto da venda de outras porções, e a vários* eppendorfs *vazios, comumente utilizados para embalar droga, evidencia que ele se dedica à atividade criminosa de maneira habitual, até porque não se pode imaginar que traficante iniciante e eventual tivesse em seu poder tamanha quantidade de drogas, o que afasta definitivamente a possibilidade de reconhecimento de tal benefício.*

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos*, não apenas em razão da quantidade de pena aplicada e da natureza do crime, que gera graves prejuízos à sociedade, merecendo, por isso mesmo, tratamento mais severo a partir da Carta Constitucional, a exemplo dos crimes hediondos (art. 5º, XLIII), aos quais o legislador entendeu por bem equiparar o tráfico de drogas (art. 2º, Lei 8.072/90), mas, notadamente, por se verificar que,* in casu*, face à evidência de não se tratar de pequeno e eventual traficante, tendo em vista a quantidade de drogas apreendidas, somada à quantia de dinheiro, produto da venda de diversas outras porções, e a* eppendorfs *vazios, tal medida não seria socialmente recomendável.*

Anote-se, a propósito, que, não obstante a edição, pelo Senado Federal, da Resolução n° 05/2012, que suspendeu a execução da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' *do § 4º do artigo 33, da Lei n° 11.343/06, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos autos do* Habeas Corpus *n° 97.256/RS,* ***tal substituição não se afigura possível no caso dos autos em que, como já mencionado, a quantidade de entorpecentes apreendida evidencia não se tratar o réu de pequeno e eventual traficante****, demonstrando a altíssima reprovabilidade da sua conduta.*

Dessa forma, ausentes os requisitos do artigo 44, inciso III, do Código Penal, face à quantidade de penas aplicadas, à maior reprovabilidade da conduta e à negativa conduta social, ***impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.***

Pelas mesmas razões, não há que se cogitar da fixação de outro regime, que não o fechado, estabelecido na sentença*.*

Consigne-se, portanto, que o regime inicial fechado não está sendo fixado em razão da quantidade de pena, tampouco da gravidade

> *abstrata do delito, mas das circunstâncias concretas em que praticado o crime em questão, reveladoras da necessidade da imposição de regime mais gravoso, para fins de repressão e prevenção.*"

Como se vê, a Corte *a quo*, considerando favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, manteve a pena-base no mínimo legal, na primeira fase da dosimetria da pena.

Na segunda fase, afastou a agravante da reincidência e manteve a pena no patamar mínimo.

Na terceira fase, deixou de aplicar a minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 em razão da quantidade de drogas, embora afirmando que o Paciente é primário, não tem maus antecedentes e, ainda, que não existem evidências de que ele esteja envolvido em organização criminosa (fl. 74).

Nesse diapasão, quanto à causa de diminuição de pena, convém ressaltar que, consoante dispõe o referido dispositivo legal, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem sequer integre organização criminosa.

É certo que o *quantum* de diminuição deve ser aplicado de forma razoável e proporcional, levando-se em consideração as características do caso em análise.

Na hipótese, tendo em vista a qualidade e a quantidade de droga apreendida – **64,82 g de cocaína** –, entendo que deve ser aplicada a diminuição no patamar máximo (2/3), ainda mais quando todas as circunstâncias judiciais analisadas na fixação da pena-base foram consideradas favoráveis pelas instâncias ordinárias.

No mesmo sentido, **manifestou-se o Ministério Público Federal**, em parecer do qual se extrai o seguinte trecho (fl. 166; grifos no original):

> "*Contudo, como se observa nos precedentes acima colacionados, somente é possível afastar a incidência do redutor com fundamento na quantidade dos estupefacientes apreendidos quando esta se revelar expressiva,* ***o que não ocorre no caso dos autos****, em que foram encontrados apenas 64,82 gramas de drogas em poder do acusado, primário e de bons antecedentes,* quantum *este insuficiente, por si só, à demonstração de dedicação a atividades criminosas.*
>
> *Assim, entendo que o paciente faz jus à incidência da causa de redução de pena pleiteada.*"

Sobre a questão, aliás, é a jurisprudência desta Corte, *in verbis*:

"*PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO* HABEAS CORPUS. *TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE REDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. APLICAÇÃO EM 2/3. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS NÃO CONSIDERÁVEL. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*

1. A decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto em sintonia com a jurisprudência desta Corte superior.

2. O art. 42 da Lei de Drogas autoriza a fixação da pena-base acima do mínimo legal com fundamento no volume de estupefaciente apreendido, contudo, a pequena quantidade de droga não constitui fundamento idôneo a justificar o incremento da sanção inicial. Precedente.

3. Constituindo a quantidade de droga elemento norteador na fixação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, o volume pouco expressivo de entorpecente autoriza a aplicação do redutor em seu grau máximo.

[...]

6. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 429.786/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe de 06/06/2018; sem grifos no original.)

"HABEAS CORPUS. *ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. VÍNCULO ESTÁVEL E PERMANENTE NÃO COMPROVADO. TRÁFICO DE DROGAS. MAJORANTES. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTE. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA REPRIMENDA. APLICAÇÃO. ABRANDAMENTO DO REGIME. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.*

[...]

6. ***A quantidade das drogas localizadas em poder do réu - cerca de 2 g de maconha e 73 g de cocaína - não se mostra excessivamente elevada a ponto de, por si só, levar à conclusão de que ele se dedica a atividades criminosas, notadamente quando verificado que, ao tempo do delito, era tecnicamente primário e possuidor de bons antecedentes (tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal)***.

7. O acusado era primário à época da conduta, teve a pena-base fixada no mínimo legal, foi condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão e agraciado com a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei

n. 11.343/2006 - a qual visa, justamente, a beneficiar o 'traficante ocasional'. Todavia, diante das circunstâncias em que foi perpetrado o delito - mediante emprego de arma de fogo e em concurso com adolescente -, o regime intermediário é o que se mostra o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito praticado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

8. Mesmo se detraído o lapso de custódia preventiva do réu, há motivos suficientes a justificar o modo semiaberto de cumprimento da pena, ante a acentuada reprovabilidade da conduta perpetrada pelo paciente.

9. Pelas mesmas razões, não é possível concluir que a substituição da pena seja medida socialmente recomendada, embora a quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas não foi excessivamente elevada.

10. Ordem parcialmente concedida, a fim de: a) absolver o réu do crime descrito no art. 35 da Lei n. 11.343/2006; b) reconhecer a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal, na fração máxima; c) readequar a reprimenda imposta ao paciente, de modo a torná-la definitiva em 3 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 222 dias-multa." (HC 440.248/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 04/09/2018; sem grifos no original.)

"[...]

DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DE REDUÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO. REQUISITOS ATENDIDOS. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa.

2. Neste caso, a eg. Corte de origem deixou de aplicar o benefício em seu patamar máximo sem fundamentar adequadamente a fração escolhida, sendo certo que, diante das circunstâncias do caso concreto, especialmente a pequena quantidade de drogas apreendidas em poder do acusado (73,3 g de maconha e 5,1 g de cocaína), autorizam a aplicação da fração redutora no patamar máximo de 2/3 (dois terços).

[...]

5. Agravo regimental parcialmente provido." (AgRg no AREsp 1.235.415/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 17/08/2018; sem grifos no original.)

Fixadas essas premissas, passo a redimensionar as penas:

a) **1.ª Fase** – Mantenho a pena-base no mínimo legal: 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa;

b) **2.ª Fase** – não havendo circunstâncias agravantes ou atenuantes, fica a pena provisória mantida no mesmo patamar; e

c) **3.ª Fase** – diminuo as reprimendas em 2/3 (dois terços), tendo em vista a minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, **alcançando a pena definitiva de 1 (ano) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa**, à razão do valor mínimo legalmente estabelecido.

No tocante 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 e as Súmulas n.ºs 440/STJ e 718 e 719/STF.

Nesse sentido:

> "*PENAL.* HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REGIME INICIAL FECHADO. HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. DESCABIMENTO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MINORANTE APLICADA EM METADE. REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. CABIMENTO.* HABEAS CORPUS *NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> [...]
>
> *III - O col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.*
>
> *IV - O col. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 17/12/2013), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com redação dada pela Lei n. 11.464/07, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.*
>
> *V - Seguindo tal orientação, firmou-se o entendimento nesta Corte segundo o qual o julgador deve observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, quando da fixação do regime inicial de*

cumprimento da pena privativa de liberdade, independente de o crime ser hediondo ou equiparado. Além disso, segundo pacífica jurisprudência deste Tribunal, a hediondez do crime de tráfico de drogas não autoriza, por si só, a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena.

VI - O excelso Supremo Tribunal Federal, em r. decisão oriunda do Tribunal Pleno, no Habeas Corpus *n. 118.533/MS, afastou o caráter hediondo dos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes em que incida a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, como ocorre no presente caso.*

VII - In casu*, verifica-se que a pena-base foi fixada no mínimo legal, tendo ainda sido aplicada em metade a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4°, da Lei de Drogas. As circunstâncias judiciais, portanto, foram todas consideradas favoráveis.*

VIII - Sendo o paciente primário, fixada a pena-base no mínimo legal e consideradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime aberto mostra-se o adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e n. 440 desta Corte Superior.

IX - O Pretório Excelso, nos termos da r. decisão proferida por ocasião do julgamento do HC n. 97.256/RS, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal por meio da Resolução n. 5 de 16/2/2012), permitiu a concessão da benesse aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal, como ocorre no presente caso.

Habeas corpus *não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime aberto para o início de cumprimento da pena e determinar a sua substituição por restritiva de direitos, nos moldes a serem definidos pelo MM. Juízo da Execução Penal, mantidos os demais termos da condenação.*" (HC 453.301/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe de 28/06/2018, sem grifos no original.)

"HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. RACIONALIZAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO HEROICO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. INDEFERIDA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FUNDAMENTO NA HEDIONDEZ DO DELITO E NA GRAVIDADE ABSTRATA DA CONDUTA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PRIMARIEDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO*

ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO.

[...]

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES em 27/6/2012, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe conferiu a Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados.

3. Em 1º/9/2010, quando do julgamento do HC n. 97.256/RS, a Corte Suprema declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade das expressões 'vedada a conversão em penas restritivas de direito' *e* 'vedada a conversão de suas penas em restritivas de direito'*, constantes, respectivamente, do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.*

4. ***Caso em que o regime fechado foi aplicado à pena reclusiva imposta à paciente, mais severo do que a reprimenda comporta, sem fundamentação idônea, apenas com fulcro na hediondez do delito e na gravidade abstrata da conduta. Afronta ao art. 93, IX, da Constituição da República, e ao Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte Superior de Justiça, segundo o qual:*** **'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'.** ***Nos mesmos termos, estão os Enunciados n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, também afrontados pelas instâncias ordinárias.***

5. Considerando o quantum *da condenação (1 ano, 11 meses e 10 dias), a primariedade da paciente, o fato de não lhe terem sido apontadas circunstâncias judiciais desfavoráveis e o preenchimento dos pressupostos previstos no art. 44 do Código Penal, configura constrangimento ilegal a aplicação do regime inicial fechado e a negativa de substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.*

6. Habeas corpus *não conhecido. Ordem concedida de ofício, para alterar o regime de cumprimento de pena para o aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.*" (HC 360.539/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe de 24/08/2016, sem grifos no original.)

Confiram-se, a propósito, os mencionados verbetes sumulares:

"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." (Súmula n.º 440 do STJ)

> "*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.*" (Súmula n.º 718 do STF)
>
> *"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."* (Súmula n.º 719 do STF)

No caso, considerando a ausência de fundamentação adequada, o *quantum* de pena estabelecido, a primariedade do Condenado e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível a fixação do regime inicial aberto, conforme o disposto no art. 33, § 2.º, alínea *c*, e § 3.º, do Código Penal, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução Penal.

Também assiste razão à Defesa quanto ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Isso porque, como já ressaltado, o Tribunal *a quo* considerou favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, asseverou que o Paciente é primário, não tem maus antecedentes e, ainda, que não existem evidências de que ele se dedique a atividades criminosas, mantendo a pena-base no mínimo legal.

Dessa forma, mostra-se socialmente recomendável a substituição de pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

A propósito:

> "*PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO A TODOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO. CORRETA INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182/STJ. 2. PEDIDO DE CONCESSÃO DE* HABEAS CORPUS *DE OFÍCIO. INICIATIVA DO ÓRGÃO JULGADOR. 3. FIXAÇÃO DE REGIME FECHADO. INDEFERIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. FUNDAMENTOS GENÉRICOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 4. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> [...]
>
> *3.* ***A substituição da pena foi inviabilizada, de forma abstrata e vaga****, em virtude do não preenchimento de requisitos subjetivos. De igual forma, o regime fechado foi fixado com fundamento no § 1º do artigo 2º*

da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei 11.464/2007, o qual foi declarado inconstitucional pelo STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, afastando-se, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do CP. ***Dessa forma, diante da manifesta ausência de fundamentação concreta, bem como em virtude de o agravante ser primário, com pena-base fixada no mínimo legal, tendo sido inclusive beneficiado com a causa de redução da pena, a configurar o tráfico privilegiado, tem-se a possibilidade de fixação do regime aberto e de substituição da pena privativa por restritivas de direitos***.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais." (AgRg no AREsp 1.235.920/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe de 10/08/2018, sem grifos no original.)

"HABEAS CORPUS. *TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CONSECTÁRIOS. REGIME E SUBSTITUIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.*

*1. Conforme decidido pela Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento dos EREsp n. 1.431.091/SP (DJe 1º/2/2017), de relatoria do Ministro Felix Fischer, '*é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06'. *Contudo, não basta a existência de uma condenação anterior ou de um processo em andamento para, por si só, autorizar a conclusão de que o acusado se dedica a atividades criminosas, notadamente quando o crime anterior em nada interferir na compreensão de que se trata de um pequeno traficante ou de um traficante ocasional. Precedentes.*

2. À luz das peculiaridades do caso concreto, não há como concluir que a simples existência de um processo por lesão corporal e de outro por furto permita, isoladamente, a conclusão de que o paciente se dedica a atividades criminosas ou de que faça do tráfico de drogas o seu meio de vida.

3. Uma vez que, na data em que cometido o crime de tráfico de drogas em questão, os processos havidos em desfavor do acusado ainda não registravam a eventual existência de condenação transitada em julgado, não há, ao contrário do que afirmou a Corte de origem, como sopesá-los a título de maus antecedentes, em atenção ao enunciado na Súmula n. 444 desta Corte Superior de Justiça.

4. Afastado o único fundamento utilizado pela Corte estadual

para justificar a não incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e dado que o próprio Juiz sentenciante (que teve contato com as provas dos autos de maneira mais direta) chegou, inclusive, a reconhecer a aplicação do benefício em favor do paciente, deve a ordem ser concedida nesse ponto, a fim de restabelecer a aplicação da causa especial de diminuição de pena, tal como efetivado em primeiro grau.

5. ***Visto que a reprimenda ficou definitivamente estabelecida em patamar abaixo de 4 anos de reclusão, o paciente era tecnicamente primário ao tempo do delito e possuidor de bons antecedentes, teve a pena-base estabelecida no mínimo legal e foi agraciado com a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, mostra-se devida a fixação do regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, 'c', e § 3º, do Código Penal, com atenção também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. A favorabilidade de todas essas circunstâncias também evidencia que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos se mostra medida socialmente recomendável, nos termos do art. 44, III, do Código Penal****.*

6. Ordem concedida a fim de: a) aplicar em 2/3 a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e, por conseguinte, reduzir a reprimenda do paciente para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 195 dias-multa; b) fixar o regime aberto de cumprimento de pena; c) determinar a substituição da reprimenda por duas restritivas de direitos, a serem escolhidas pelo Juízo das Execuções Criminais, à luz das peculiaridades do caso concreto." (HC 359.813/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe de 22/06/2018, sem grifos no original.)

Ante o exposto, CONCEDO a ordem de *habeas corpus* para fixar o **regime aberto** como regime inicial para o cumprimento de pena, bem como redimensionar as penas do Paciente em 1 (ano) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, mais pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à razão do valor mínimo legalmente estabelecido, e conceder a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução Penal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora