HABEAS CORPUS Nº 479.682 - SP (2018/0307584-7)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	NERIA LUCIO BUZATTO
ADVOGADO	:	NERIA LUCIO BUZATTO - SP327122
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	DAIANA DOS SANTOS OLIVEIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. CUSTÓDIA DETERMINADA EM RAZÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA. REGIME PRISIONAL FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA NO PATAMAR MÁXIMO. REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DO ERESP N.º 1.619.087/SC. *HABEAS CORPUS* DENEGADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de DAIANA DOS SANTOS OLIVEIRA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação n.º 0000015-25.2018.8.26.0426.

Consta dos autos que a Paciente foi condenada à pena de advertência pela prática do crime previsto no art. 28, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006 (fl. 29), por ter sido surpreendida com 15,47g (quinze gramas e quarenta e sete centigramas) de "maconha" e 2,47g (dois gramas e quarenta e sete centigramas) de "crack".

Irresignado, o Ministério Público estadual interpôs recurso de apelação. O Tribunal de origem deu provimento ao apelo para condenar a Paciente "*às penas de 01 ano e 08 meses de reclusão e 166 dias-multa, no piso legal, com fundamento no artigo 33, '*caput*', da Lei 11.343/06, fixado o regime prisional fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade*" (fls. 24-25). O Tribunal determinou, ainda, a expedição, "*oportunamente*", de mandado de prisão.

A Defesa, então, impetrou o presente *habeas corpus*, com pedido de liminar, contra o referido acórdão, alegando, em suma, que as condições pessoais da Paciente são favoráveis, que não estão presentes os requisitos autorizadores da constrição cautelar e que não houve fundamentação idônea para a decretação da prisão preventiva.

Requer, em liminar e no mérito, "*que seja concedida Liberdade Provisória em favor da paciente DAIANA DOS SANTOS DE OLIVEIRA, com a imposição de medidas cautelares que Vossas Excelências entenderem pertinentes ao caso em tela*" (fl. 10).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 34-36).

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 40-43, opinando pelo "*não conhecimento, mas pela concessão da ordem de ofício, para fixar o regime aberto e substituir a pena privativa por restritiva de direitos*".

É o relatório.

Decido.

O Tribunal de origem, ao dar provimento ao recurso ministerial, determinou a expedição, "*oportunamente*", de mandado de prisão em desfavor da Paciente (fl. 25).

Vê-se, portanto, que não foi decretada a prisão preventiva – objeto da controvérsia do presente *writ* –, mas determinada a execução provisória da pena privativa de liberdade após o esgotamento das instâncias ordinárias.

No caso, contudo, verifica-se a existência de manifesto constrangimento ilegal na imposição do regime inicial fechado de cumprimento de pena e na negativa de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, **a ser corrigido de ofício** (art. 654, § 2.º, do Código de Processo Penal).

A questão acerca do regime prisional tem sido apreciada repetidas vezes pelo Superior Tribunal de Justiça, o que culminou na edição da Súmula n.º 440, segundo a 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*".

No mesmo sentido, têm sido os reiterados julgados do Supremo Tribunal Federal, cuja jurisprudência está espelhada nos Verbetes Sumulares n.ºs 718 e 719,

respectivamente, *in verbis*:

> *"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."*

Na hipótese, o Tribunal de origem fixou o regime inicial fechado com base na seguinte fundamentação (fls. 22-24, sem grifos no original):

> "[...]
>
> *As peculiaridades do caso, que não extravasaram o curial à espécie, indicam que as penas devem partir do mínimo legal de 05 anos de reclusão e 500 dias-multa.*
>
> *Presentes os requisitos do § 4º da Lei nº 11.343/06, uma vez que não trazidas provas, aos autos, na época do ocorrido, que confiram a necessária certeza quanto à dedicação da acusada, primária, à atividade criminosa do comércio espúrio, ou de que seja parte integrante de organização criminosa.*
>
> *Nada há no passado da indigitada que a desabone, não sendo trazidos aos autos registros de condenação definitiva.*
>
> *Vale gizar que a expressão 'dedicar-se a atividade criminosa' requer análise mais aprofundada, não se podendo descuidar da intenção do legislador de diferenciar o pequeno traficante do traficante contumaz; ademais, quem o trafica, necessariamente o faz há algum tempo, o que não indica que faça de tal atividade seu ofício, protraindo-se no tempo a conduta contra si impingida, não se retirando, pois, seu caráter de provisório ou ocasional, sob pena de se fazer letra morta o dispositivo.*
>
> *Uma vez aferidos a natureza da atividade do denunciado e seu caráter exclusivo ou ocasional, ao magistrado caberá tão somente a definição do '*quantum*' da pena, se eleita a última das hipóteses, não residindo a concessão do benefício na órbita do discricionário.*
>
> *Desta forma, em observância ao artigo 42 da Lei de Drogas, alinhado às diretrizes do artigo 59 do Estatuto Repressivo, a par das peculiaridades do caso, que contou com apreensão de drogas em quantidades que não extravasaram o curial à espécie, de bom alvitre a redução das penas em patamar máximo, obtendo-se 01 ano e 08 meses de reclusão e 166 dias-multa, no menor valor unitário, penas essas tornadas definitivas, ausentes circunstâncias modificadoras.*
>
> [...]
>
> *Desta forma, tem-se que possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não se cuidando, todavia, de direito subjetivo do acusado; pelo contrário, vincula-se, ela, à análise do* quantum *da pena imposta, e, bem assim, à suficiência da substituição em vista das peculiaridades do caso, considerados a primariedade e os bons antecedentes do réu e a ausência de circunstâncias desfavoráveis.*

A quantidade de drogas apreendidas maconha e cocaína sob a forma de 'crack' *mostra seu potencial de disseminação e a arregimentação de clientes aos borbotões.*

Registra-se a nocividade das drogas apreendidas em especial a cocaína sob a forma de 'crack', *com alta capacidade de provocar dependência, conduzindo os que optam por enveredar por essa seara a caminhos muitas vezes sem volta, em total descompasso com os valores apregoados pela Sociedade.*

Não se desconhece a rapidez com que o 'crack' *leva o mero usuário à condição de dependente quanto mais precoce o uso tanto mais difícil o reingresso na Sociedade , vindo a reboque verdadeira desestruturação de seu lar célula na qual se assenta a Sociedade quedando por demais dificultosa sua reintegração à Sociedade, tamanha a força do vício, a ponto de se considerar vitoriosa taxa que não vai além dos 30 % de recuperação dos que se submetem a tratamento para livrar-se da dependência.*

O 'crack', *pouco importando a quantidade ou a frequência com que é usado, aumenta a probabilidade de o usuário vir a sofrer ataque cardíaco, acidente vascular cerebral, crises epiléticas ou insuficiência respiratória, disso podendo resultar morte súbita.*

Os efeitos do uso do 'crack', *segundo registra o sítio http://www.mundosemdrogas.org.br/drugfacts/crackcocaine/effects-of-crack- cocaine.html, a longo prazo, incluem danos graves ao coração, ao fígado e aos rins, deixando os usuários mais propensos a ter doenças infecciosas.*

O uso diário contínuo causa insônia e perda de apetite, o que faz a pessoa ficar mal nutrida, além de provocar comportamento agressivo e paranoico.

O 'crack' *interfere com a forma como o cérebro processa os elementos químicos no corpo, indo a um crescendo as quantidades utilizadas pelos dependentes, que acabam por centrar-se única e exclusivamente em seu uso, perdendo o interesse em outras áreas da vida.*

Passado o efeito da ilícita substância, a depressão, grave, aparece, tornando-se protagonista na triste história, podendo levar o dependente a desatinos os maiores com o fim de obtenção de ainda mais droga.

Malograda a busca, profunda a depressão, pode chegar, o dependente, a praticar o suicídio.

As razões supra expendidas são suficientes a não se vislumbrar a possibilidade de conversão da carcerária em restritiva de direitos, insuficientes para a hipótese e socialmente não recomendáveis, deixando claro os estragos provocados na sociedade por tão nefasta substância.

Do mesmo modo, imperioso seja ora imposto o mais gravoso dos regimes prisionais, dadas a gravidade do delito perpetrado e suas consequências, na linha da tese ora adotada.

[...]".

Constata-se que o Tribunal *a quo* fixou o regime fechado sob o fundamento genérico da **gravidade do crime**, não indicando concretamente circunstâncias aptas a infligir regime prisional mais gravoso, o que, com base na jurisprudência pacificada desta Corte, não se admite.

Assim, considerando a primariedade, a fixação da pena-base no mínimo legal, o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006 em seu patamar máximo, a não expressiva quantidade de drogas apreendidas e a pena definitivamente fixada – 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão –, o regime inicial de cumprimento de pena deve ser o **aberto**.

Com igual conclusão, cito os seguintes precedentes:

> "HABEAS CORPUS. *REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. SÚMULA N.º 719 DO STF.*
>
> *1. Fixada a pena em seu mínimo legal, inferior a 4 (quatro) anos, não sendo caso de reincidência, e não havendo circunstância judicial desfavorável, tal como reconheceu o acórdão impugnado, não há falar em adoção do regime inicial semiaberto,* ***se o próprio paradigma legal permite a adoção do regime inicial aberto*** *(art. 33, § 2º, c e § 3º c/c art. 59, CP).*
>
> *2. Incidência da Súmula nº 719 do STF: '*A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*'*
>
> *3. Ordem concedida.*
>
> *4. Extensão da ordem, de ofício, ao corréu.*" (STF, HC 83.613/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, DJ de 30/04/2004; 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 24/08/2016, sem grifos no original.)

Ademais, pelas mesmas razões apresentadas, mostra-se socialmente recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos – que **foi negada igualmente pela gravidade abstrata do crime**, conforme trecho do acórdão já transcrito.

Nesse sentido:

"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 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.*

[...]

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 22/06/2018, sem grifos no original.)

Desse modo, uma vez concedida a ordem de *habeas corpus* de ofício, mostra-se indevida a execução provisória da pena. Com efeito, a Terceira Seção desta Corte, ao julgar o EREsp n.º 1.619.087/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ acórdão Ministro JORGE MUSSI, fixou entendimento de **não ser possível a execução provisória de penas restritivas de direitos**, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal.

O julgado foi assim ementado:

> "*EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 147 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. PROIBIÇÃO EXPRESSA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO STF. EMBARGOS REJEITADOS.*
>
> *1. **Embora o Supremo Tribunal Federal tenha decidido pela viabilidade da imediata execução da pena imposta ou confirmada pelos tribunais locais após esgotadas as respectivas jurisdições, não analisou tal possibilidade quanto às reprimendas restritivas de direitos.***
>
> *2. Considerando a ausência de manifestação expressa da Corte Suprema e o teor do art. 147 da LEP, não se afigura possível a execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação.*
>
> *3. Embargos de divergência rejeitados*" (julgado em 14/06/2017, DJe de 24/08/2017, sem grifos no original.)

Em 24/10/2018, nos autos do HC n.º 435.092/SP, a Terceira Seção desta Corte Superior **reafirmou a mesma orientação**, em acórdão que será lavrado pelo Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA.

Exemplificativamente, veja-se o seguinte precedente:

> *"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 315/STJ. AGRAVO IMPROVIDO. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA.*

INDEFERIMENTO.

[...]

2. Ressalvada compreensão pessoal diversa, a Terceira Seção, no julgamento do EResp 1.619.087/SC, na sessão de 14/06/2017, adotou a orientação quanto à impossibilidade de execução provisória das penas restritivas de direito, sendo indispensável, em tais casos, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal.

3. Tal entendimento foi reafirmado pela Terceira Seção desta Corte com o julgamento, em 24/10/2018, do HC 435.092/SP, ainda pendente de publicação.

4. Agravo regimental improvido e execução provisória indeferida." (AgRg nos EAREsp 1.033.042/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/11/2018, DJe 05/12/2018.)

Ante o exposto, DENEGO a ordem de habeas corpus. Todavia, CONCEDO-A DE OFÍCIO a fim de fixar o regime aberto como regime inicial para o cumprimento de pena e para conceder a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais, sendo vedada a execução provisória da reprimenda até o trânsito em julgado da condenação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora