HABEAS CORPUS Nº 501.784 - SP (2019/0092079-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	NATAN TERTULIANO ROSSI
ADVOGADO	:	NATAN TERTULIANO ROSSI - SP367484
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	IGOR SANTANA FELIX DA SILVA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de IGOR SANTANA FELIX DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0000405-81.2018.8.26.0559).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, incidente a minorante constante do § 4º do mesmo artigo (e-STJ fls. 43/45).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi improvido (e-STJ fls. 15/28), em acórdão assim ementado:

> *Tráfico de drogas. Apreensão de 4 porções de maconha, com peso líquido aproximado de 71,33g. Sentença procedente à acusação. Regime fechado adequadamente imposto. Impossibilidade de conversão da reprimenda corporal do sentenciado em alternativas. Nega-se provimento ao recurso.*

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/14), o impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois manteve o regime inicial fechado e negou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas direitos com base na gravidade abstrata do delito, fundamento que reputa inidôneo. Afirma que o paciente é primário, possui as circunstâncias judiciais favoráveis e foi condenado a pena não superior a 4 anos de reclusão, razão pela qual faz jus ao regime aberto e à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ao final, formula pedido liminar para que o paciente aguarde o julgamento deste *writ* em regime aberto e, no mérito, pede a concessão da ordem para que o regime prisional seja alterado para aberto, além da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

É o relatório. **Decido**.

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

Na espécie, verifico presente constrangimento ilegal apto a justificar o deferimento da medida de urgência.

Como é cediço, em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexiste 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 Código Penal.

Além disso, a Terceira Seção desta Corte, em 23/11/2016, ao julgar a Petição n. 11.796/DF, cancelou o enunciado n. 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, firmando tese no sentido de que o tráfico ilícito de drogas, na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), não é crime equiparado a hediondo.

No caso, embora o paciente seja primário e tenha sido condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão e multa, o Juízo sentenciante fixou o regime inicial fechado com base na seguinte motivação (e-STJ fl. 45):

> *Fixo para o réu o regime fechado, 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.*

O Tribunal *a quo* manteve o regime prisional estabelecido na sentença, conforme segue (e-STJ fls. 19/26):

> *No que tange ao regime penitenciário, a obrigatoriedade do programa inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e os a ele equiparados foi declarada inconstitucional pelo Col. Pretório Excelso, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES, no Pleno, rel. Min. Dias Toffoli.*
>
> *Desta forma, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Cód. Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei (STJ HC 272.152/SP rel. Min. Marilza Maynard 6ª Turma J. 10.12.2013).*
>
> *A fixação do regime mais gravoso para o início do desconto da pena privativa de liberdade se justifica no caso em comento pela considerável quantidade de substância entorpecente apreendida.*
>
> *Nesse sentido, confira-se orientação do E. Superior Tribunal de Justiça: HC 278676/MS 6ª T. rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura j. 24.10.2013; HC 222994/SP 6ª T. rel. Min. Marilza Maynard, Des. convocada do TJ/SE j. 24.10.2013; HC 278530/SP 5ª T. rel. Min. Marco Aurélio Bellizze j. 22.10.2013.*
>
> *No caso dos autos, foram apreendidas 4 porções de maconha, pesando a massa líquida de 71,33g, que seriam suficientes para confeccionar cerca de 216 porções individuais deste estupefaciente.*
>
> *A respeito, expressamente compartilhamos posicionamento do E. Des. Alceu Penteado Navarro, pronunciado no seio da Apel. n. 0043627-21.2011.8.26.0050, da 9ª Câm. de Direito Criminal, J. em 10.5.2012, deste E. Tribunal de Justiça do Est. de S. Paulo, verbis:*
>
> *"(...) Note-se que uma das principais circunstâncias indicadoras de tráfico é a quantidade de tóxico. E, para mim, tal mensuração deve partir da overdose (dose insuportável ou excessiva para alguém).*
>
> *Segundo a literatura médica, a reação letal ou não letal da cocaína em usuários depende de variados aspectos. Doses consideradas pequenas, cerca de 0,02g, podem ser suficientes para esse efeito (cf. Delton Croce e Delton Croce Júnior, Manual de Medicina Legal, 5ª ed., Saraiva, 2004, pág. 636). Logo, aprendidas 283,9g, teremos cerca de 14.195 doses letais (excessivas ou insuportáveis) ao usuário. Até porque o uso continuado de cocaína provoca o "enfraquecimento das funções psíquicas em geral, cansaço, irritabilidade, inquietação e*

insatisfação" (cf. Edevaldo Alves da Silva, Tóxicos, 1ª ed., Bushatsky, 1979, pág. 82).

Ademais, conforme decisão publicada na RT 546/327 para fazer um fininho ou bagana de maconha são necessários 0,33g da referida droga.

(...)

Sem dúvida, o juiz não pode desprezar as regras de experiência comum (praesumptiones hominis), ou seja, a ordem normal das coisas. A experiência comum é aquele conhecimento adquirido pela prática e pela observação do quotidiano. Nesse sentido há manifestações da doutrina e da jurisprudência (cf. José Frederico Marques, Elementos de Direito Processual Penal, 1ª ed., Bookseller, 1997, vol. II, § 95, item 525, pág. 346, nota 9; Guilherme de Souza Nucci, Código de Processo Penal Comentado, 10ª ed., 2011, art. 239, item 4, págs. 544-5; Guilherme Madeira Dezem, Da Prova Penal, 1ª ed., Millennium, 2008, cap. IV, item, 12.2, págs. 272; STF, 2ª T., HC 70.344/RJ, rel. Min. Paulo Brossard, RTJ, 149/521; STJ, 6ª T., HC 15.736/MG, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU, 23/04/01, pág. 189; LexSTF, 182/356; RT, 673/357, 711/378, 728/543, 744/602, 748/599, 758/583, 769/602 e 854/654: RJDTACrimSP, 5/167, 6/137, 7/105, 16/133, 25/324 e 28/209) (...)".

Ainda nessa toada, no sentido de desestimular o consumo de substâncias entorpecentes, em matéria jornalística veiculada na Folha de S. Paulo, caderno Opinião, do dia 7.5.2013, os psiquiatras Carlos Salgado e Antonio Geraldo da Silva publicaram estudo sobre os malefícios causados pelo uso, por exemplo, de maconha, verbis:

"(...) Como médicos psiquiatras, nós nos sentimos na obrigação de esclarecer alguns pontos sobre a maconha. Como qualquer droga ilícita, ela ocupa grande espaço no imaginário da sociedade. No entanto, infelizmente, vem ganhando uma imagem de benignidade sem uma fundamentação científica confiável.

A glamorização da maconha como planta de valor terapêutico e de uso a princípio meramente "recreativo" tem servido de argumento para a condescendência com seu consumo. A verdade é que classificar maconha como droga leve e quem sabe até terapêutica é ingênuo, se não malicioso.

O peso clínico de uma droga depende, é claro, do usuário. Sua bagagem genética e social pode contribuir para que a droga tenha grande impacto. Há quem fume e não sofra nenhum dano. Mas há muita gente que vive justamente o contrário. As clínicas de reabilitação estão lotadas para comprovar a veracidade do fato.

A maconha pode piorar os quadros psiquiátricos mais comuns,

como esquizofrenia, depressão, ansiedade e bipolaridade, e desencadear as primeiras crises graves dessas doenças, mudando a história natural de doentes que poderiam viver incólumes a riscos transmitidos geneticamente.

(...)

É aí que o Estado precisa exercer seu papel de zelar pelo bem-estar dos cidadãos. Se ele mal dá conta de monitorar o consumo de álcool por jovens, droga equivocadamente admitida como lícita, o que dirá de uma eventual descriminalização da maconha? (...)".

Igualmente relevante destacar trecho de artigo extraído do portal R7, subscrito pela jornalista Marcella Franco, em 17.5.2016, segundo o qual "(...) De acordo com um médico inglês, usar a droga antes da maioridade aumenta os riscos de esquizofrenia na idade adulta. Além disso, explica o psiquiatra, jovens que fumam maconha têm três vezes mais chances de desenvolver psicoses no futuro. Os dados preocupantes são de estudos que o professor de pesquisa psiquiátrica Robin Murray coordenou no Instituto de Psiquiatria Kings College, em Londres, na Inglaterra. Em 2002, por exemplo, foi descoberto que quem usa maconha a partir dos 15 anos tem 4,5 vezes mais chances de se tornar psicótico dez anos depois (...)" (verbis).

Impossível olvidar a natureza da infração e os males que a mesma provoca no seio social, devendo o infrator experimentar repercussões objetivas acerca da censurabilidade de sua conduta. O art. 33, §3º do Cód. Penal remete ao art. 59, do mesmo texto, para eleição do regime de cumprimento das penas, o qual, aliás, traz em seu bojo as consequências do delito como elemento informador.

Guardadas as devidas proporções, outorgar regime aberto só pela quantidade da reprimenda brindaria aquele que contribuiu decisivamente contra a ordem e saúde públicas com benefício que não se acha devidamente posto na lei do ponto de vista teleológico.

Destarte, não se há de tabelar regime de cumprimento pela dimensão da reprimenda.

À medida "em que a criminalidade recrudesça e se agrave, pondo, a cada instante, mais e mais risco à segurança e à paz social, cumpre ao Juiz reprimi-la, desestimulá-la e arrostá-la, mercê de uma mais adequada, mais necessária e, quiçá, até mais rigorosa aplicação do Direito" (verbis no Agravo em Execução n. 509.131-7, rel. Des. CANGUÇU DE ALMEIDA, TACRIM/SP).

A lição é oportuna.

> *Não se pode afirmar um direito subjetivo ao regime aberto só pela dimensão da reprimenda corporal (art. 33, §2º do CP), na medida em que a lei penal prevê, além deste, outros critérios para eleição do programa de reabilitação.*
>
> *A reforçar o argumento transcrevo passagem do voto do Min. Celso de Mello, do Col. Pretório Excelso: "(...) O preceito inscrito no art. 33, § 2º, "c", do Código Penal não obriga o magistrado sentenciante, mesmo tratando-se de réu primário e sujeito a pena não superior a quatro anos de prisão, a fixar, desde logo, o regime penal aberto. A norma legal em questão permite, ao juiz, impor, ao sentenciado, regime penal mais severo, desde que o faça em decisão suficientemente motivada. A opção pelo regime aberto constitui mera faculdade legal reconhecida ao magistrado sentenciante (...)" (HC 86.624/SP J. 13.12.2005).*
>
> *Deste modo, não se há modificar o regime prisional eleito para o início do cumprimento da pena.*

Assim, além de referências genéricas acerca da gravidade abstrata do crime de tráfico, o regime mais gravoso possui lastro em fundamentação concreta, qual seja, a quantidade do entorpecente apreendido.

Entretanto, a princípio, a quantidade da droga apreendida – 71,33g de maconha – não se revela expressiva o suficiente para, de forma isolada, ensejar o recrudescimento do regime prisional.

Dessa forma, tratando-se de réu primário, com análise favorável das circunstâncias judiciais e condenado a pena não superior a 4 anos de reclusão, além da não expressiva quantidade de entorpecente apreendido, em juízo perfunctório, entendo que o paciente faz jus ao regime inicial aberto.

Ante o exposto, **defiro a liminar** para assegurar ao paciente o direito de cumprir a pena em regime aberto até o julgamento definitivo deste *habeas corpus*, salvo se por outro motivo estiver preso ou cumprindo pena em regime mais gravoso.

Comunique-se, com urgência, o Tribunal impetrado e o Juízo de primeiro grau, solicitando-lhes informações, inclusive o envio da senha para

acesso aos dados processuais constantes do respectivo portal eletrônico, tendo em vista a restrição determinada pela Resolução n. 121 do CNJ.

Oportunamente, dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal.

Intimem-se.

Brasília (DF), 02 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator