HABEAS CORPUS Nº 493.491 - SP (2019/0042992-3)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA - SP275887
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	MICAEL DE LUNA SANTOS (PRESO)

EMENTA

> *HABEAS CORPUS*. CRIME PREVISTO NO ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N.º 11.343/2006. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. MINORANTE DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI DE TÓXICOS. 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 MICAEL DE LUNA SANTOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido nos autos da Apelação Criminal n.º 0065043-35.2017.8.26.0050.

Ao que se tem dos autos, o Paciente foi condenado às penas de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, fixado no mínimo legal, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, por trazer consigo, "*sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para fins de traficância,* ***31 porções*** *de substância tetrahidrocanabinol, vulgarmente conhecida como* ***maconha*** *(massa líquida:* ***60,4gramas****),* ***4 eppendorfs*** *contendo* ***cocaína*** *(massa líquida:* ***0,5 grama****) e* ***15 porções*** *de cocaína na forma de* ***crack*** *(massa líquida:* ***2,2gramas****)*" (fl. 25).

Irresignada, a Defesa interpôs apelação, que foi desprovida pelo Tribunal de origem em acórdão assim ementado (fl. 42):

> "*TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. Autoria e materialidade do crime amplamente comprovadas. Confissão judicial em harmonia com os relatos dos policiais civis responsáveis pela apreensão das drogas (maconha,* crack *e cocaína). Condenação mantida. Penas básicas com aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, no percentual de um terço. Aplicação do redutor que já beneficiou o*

apelante e não comporta modificação. Inviabilidade de substituição da corporal por restritivas de direitos. Regime fechado necessário, diante do caráter hediondo do delito. Apelo improvido."

No presente *writ*, a Defesa alega, inicialmente, que o Paciente faz jus ao **regime inicial aberto** para cumprimento de pena.

Para tanto, aduz que o acórdão impugnado "*não demonstra quais as condições subjetivas do paciente demandariam a fixação do regime mais gravoso (já que as circunstâncias judiciais foram tidas como favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal). Entretanto, as condições subjetivas são as que, em verdade, demandariam a fixação do regime mais severo*" (fls. 5-6).

Postula, ainda, a **substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos**, sustentando ser inconstitucional a vedação prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, por ofensa aos princípios da isonomia e da individualização da pena (fl. 9).

Assevera que a pena imposta e a primariedade do Paciente permitem "*a fixação de regime prisional aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, tudo em atenção e observância ao princípio constitucional da individualização da pena e da proporcionalidade*" (fl. 16).

Requer, em liminar e no mérito, a concessão da ordem para modificar o regime inicial de cumprimento da reprimenda para o aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos (fl. 17).

A liminar foi **parcialmente deferida** mediante a decisão de fls. 49-53.

As informações requisitadas foram acostadas às fls. 59-71.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 74-82, manifestou-se pela denegação da ordem e cassação da liminar anteriormente deferida.

É o relatório.

Decido.

A pretensão merece acolhimento.

Com efeito, o Tribunal de origem manteve a sentença condenatória manifestando-se nos seguintes termos, no que interessa (fls. 44-45; sem grifos no original):

"***As básicas foram fixadas nos mínimos legais e assim permaneceram na segunda fase, já que as atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa não podem levá-las aquém do piso (Súmula nº 231, do STJ)****, já tendo sido afastada, pela sentença, a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06. Na última fase,* ***foi aplicado o redutor do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, no percentual de um terço, perfazendo três anos e quatro meses de reclusão e trezentos e trinta e três dias-multa****, de valor unitário mínimo, sendo incogitável diminuição maior para minorante que sequer deveria incidir na hipótese, pois o apelante trazia consigo entorpecentes variados, inclusive de alto potencial lesivo à saúde pública, como o* crack *e a* cocaína*, em quantidade suficiente a considerável disseminação, podendo atingir muitos usuários, concluindo-se, por isso, que não se tratava de traficante eventual, ao qual o benefício em tela é destinado.*

O regime prisional foi fixado corretamente pela sentença para o inicial fechado, de acordo com a Lei nº 11.464/07, e é imodificável, sendo o mais adequado à hipótese em foco para a reprovação e prevenção de crime de gravidade diferenciada, equiparado aos hediondos, e que deixa em sobressalto a população, abala a tranquilidade social *e, portanto, merece punição mais rigorosa. Ademais, como já exposto, o acusado estava comprovadamente traficando* crack *e* cocaína*, substâncias altamente danosas à saúde pública, o que inviabiliza a fixação de regime prisional mais brando, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal.*

Vale destacar que o delito de tráfico de entorpecentes é equiparado a hediondo, nos termos do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, sem qualquer ressalva, e do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, e tal nomenclatura ('tráfico de entorpecentes') também engloba, obviamente, a conduta para a qual é aplicada a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, *mesmo porque tal dispositivo traz apenas isso, ou seja, uma causa especial de diminuição de pena, aplicável, como expressamente menciona, aos delitos tipificados no* caput *e no § 1º do mesmo artigo 33, e não prevê crime diverso daquele.*

Pelos mesmos motivos, é inviável a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, *ainda que afastada a vedação legal específica, pois é necessária a verificação dos critérios legais, previstos no artigo 44 do Código Penal e, notadamente, que a medida seja suficiente à repressão e prevenção do delito, conforme o inciso III de tal dispositivo legal.* ***Na hipótese dos autos, contudo, não pode ser considerada ínfima a quantidade de drogas encontradas com o apelante e que seriam disseminadas a grande número de usuários (31 porções de*** **maconha** ***pesando 60,4 gramas, 04 eppendorfs com*** **cocaína** ***pesando 0,5 gramas e 15 porções de*** **cocaína**, ***na forma de*** **crack**, ***pesando 2,2 gramas)****.*"

Cumpre registrar que, 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:

> "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.)

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, verifica-se que o Réu é primário, a pena-base foi fixada no mínimo legal e a pena definitiva foi estabelecida em *quantum* inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, ou seja, em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Assim, 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.

Ademais, a despeito da variedade das substâncias entorpecentes apreendidas, a pequena quantidade – **60,4** gramas de maconha; **0,5** gramas de **cocaína** e **2,2** gramas de ***crack*** – não justifica, por si só, em razão das especificidades do caso, a fixação do regime prisional fechado para o inicial cumprimento da pena.

A propósito, confira-se o seguinte julgado:

"HABEAS CORPUS. *TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP.* PERICULUM LIBERTATIS. *FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. APLICAÇÃO. REGIME MENOS GRAVOSO*

E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDA RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

[...]

3. A razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de entorpecentes o seu meio de vida; antes, ao cometer um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

4. A quantidade de drogas apreendidas (5,4 g de cocaína e 88,5 g de maconha) não constitui elemento suficiente para impedir a aplicação da causa especial de redução de pena.

*5. Como o **réu era primário** ao tempo do fato, teve a **pena-base fixada no mínimo legal**, foi condenado a **reprimenda inferior a 4 anos de reclusão** e agraciado com a **minorante constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006** - a qual visa, justamente, a beneficiar o 'traficante ocasional' - e a quantidade de substâncias encontrada **(cerca de 5,4 g de cocaína e 88,5 g de maconha) não é elevada, o regime aberto é, de fato, o que se mostra o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito praticado, nos termos do art. 33, § 2º, 'c', e § 3º, do Código Penal**.*

6. Pelas mesmas razões, a substituição da pena é medida socialmente recomendada, máxime porque, conforme já salientado, a quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas não foi excessivamente elevada.

7. Ordem concedida para: a) assegurar ao acusado o direito de responder à ação penal em liberdade, ressalvada a possibilidade de nova decretação da custódia cautelar caso efetivamente demonstrada a superveniência de fatos novos que indiquem a sua necessidade, sem prejuízo de fixação de medida cautelar alternativa, nos termos do art. 319 do CPP; b) aplicar a minorante em sua fração máxima (2/3); c) readequar a pena imposta ao réu, de modo a torná-la definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 166 dias-multa; d) determinar a sua substituição por duas medidas restritivas de direitos, as quais deverão ser estabelecidas pelo Juízo da Execução." (HC 469.632/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 08/11/2018, DJe 26/11/2018; sem grifos no original.)

Por fim, em relação ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, cumpre consignar que a Suprema Corte, nos autos do HC n.° 97.256/RS, julgou inconstitucional a vedação contida no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, resultando na edição da Resolução n.º 05/2012 do Senado, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

A partir de tal orientação, e diante da fundamentação já utilizada para fixar o regime inicial aberto, não se justifica o indeferimento do pleito de substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

Nesse sentido:

> "*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.*
>
> [...]
>
> *5.* ***Assim, tratando-se de réu primário, com pena-base fixada no mínimo, a apreensão de quantidade não considerável de entorpecentes não constitui elemento apto a justificar a imposição do regime prisional mais severo ou o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.***
>
> *6. Agravo regimental improvido.*" (AgRg no HC 429.786/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 06/06/2018; sem grifos no original.)

Ante o exposto, CONCEDO a ordem de *habeas corpus* para, ratificando a liminar deferida, fixar o **regime aberto** como regime inicial para o cumprimento de pena e **conceder a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos**, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 1º de abril de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora