HABEAS CORPUS Nº 496.810 - SP (2019/0063347-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE	:	THAWAN KRISTIAN SANTOS DE OLIVEIRA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	THAWAN KRISTIAN SANTOS DE OLIVEIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIME *DE* TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006). 10 G DE *CRACK*. SUPOSTA ILEGALIDADE NO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. PROCEDÊNCIA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. PRIMARIEDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. *QUANTUM* DA PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO FUNDADO NO CARÁTER HEDIONDO DO ILÍCITO E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. INIDONEIDADE. MODIFICAÇÃO. REGIME ABERTO. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO A SER ESTABELECIDA PELO JUÍZO DA VARA DE EXECUÇÃO CRIMINAL COMPETENTE.

Ordem de *habeas corpus* concedida nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por **Thawan Kristian Santos de Oliveira**, em causa própria, apontando-se como órgão coator o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Infere-se dos autos que o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Santos/SP, na Ação Penal n. 0000411-94.2017.8.26.0536, julgou procedente a pretensão punitiva para condenar o ora paciente, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 250 dias-multa, facultado o recurso em liberdade (fls. 4/14).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, pleiteando a concessão da benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, no patamar máximo legal, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito e o abrandamento do regime prisional; contudo, o Tribunal *a quo*, por unanimidade, negou provimento ao recurso defensivo (Apelação n. 0000411-94.2017.8.26.0536 - fls. 15/27).

Opostos embargos de declaração, por unanimidade, restaram rejeitados (Embargos de Declaração n. 0000411-94.2017.8.26.0536/50000 - fls. 28/34).

Sobreveio, então, o presente *writ*, no qual o impetrante/paciente alega, em síntese (fls. 2/3):

> Fui condenado em seguida, **por tráfico privilegiado, artigo 33, *caput* cc parágrafo 4º. da Lei 11.343/06, à pena de 02 anos e 6 meses em regime inicial semiaberto.**
>
> Apelei solicitando a mudança de regime; substituição da pena por restritiva de direito e a possibilidade da progressão antecipada pelo tempo de prisão provisória no curso do processo.
>
> Meu recurso foi negado no Tribunal Paulista (Acórdão anexo) e não tive mais recursos financeiros para seguir recorrendo para os Tribunais Superiores por advogado particular.
>
> Agora fiquei sabendo que vou ser preso para depois ser encaminhado ao regime semiaberto contudo acho injusto porque sou menor de 21 anos, primário, confesso, o tráfico privilegiado não é hediondo e passei 7 meses e 20 dias no regime fechado como preso provisório por esse mesmo processo.
>
> **Creio que tenho direito pelo que me disseram e por outros casos idênticos ao meu que, pela quantidade de pena aplicada e natureza do crime praticado, teria direito ao regime aberto ou a substituição da pena de prisão por restritivas de direito**.
>
> Por isso, com o devido respeito, busco meu direito nesse E. Tribunal porque o de São Paulo me negou os benefícios que tenho por direito.

Requer, assim, seja permitido o cumprimento inicial da pena em regime aberto.

Em 7/3/2019, a liminar foi deferida sob estes fundamentos (fls. 45/46):

> A concessão de liminar em *habeas corpus* é medida de caráter excepcional, cabível apenas quando a decisão impugnada estiver eivada de ilegalidade flagrante.
>
> O caso dos autos parece se amoldar a uma dessas hipóteses excepcionais, pois segundo a jurisprudência desta Corte, *Fixada a pena-base da Paciente no mínimo legal, dada a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, considerada a sua primariedade e a inexistência de grande quantidade de droga apreendida, não é possível infligir-lhe regime prisional mais gravoso* (HC n. 465.791/SP, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 19/12/2018).
>
> Nesse contexto, considerando o *quantum* de pena estipulado - *2 anos e 6 meses de reclusão* - aliado, outrossim, à primariedade e à ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, além da quantidade não expressiva de droga apreendida - *23 pedras de crack (10 gramas)* -, **defiro a liminar** para determinar que o paciente **Thawan Kristian de Oliveira** inicie o cumprimento da pena em regime aberto até o julgamento de mérito do presente *writ*.
>
> Comunique-se com urgência.
>
> Solicitem-se informações à autoridade coatora e, com estas, abra-se vista ao Ministério Público Federal.
>
> Após, devolvam-se os autos.

Publique-se.

Prestadas as informações (fls. 54/85), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* e pela concessão de ofício da ordem (fl. 87):

> *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONSTITUCIONAL PARA O CABIMENTO DE *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO. PENA-BASE DOSADA NO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO DE REGIME INCOMPATÍVEL COM A SANÇÃO COMINADA, COM ESTEIO APENAS NA GRAVIDADE ABSTRATA E NA HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 440 DO STJ E DAS SÚMULAS 718 E 719 DO STF. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.
>
> - A jurisprudência do STJ e do STF assentou o entendimento de que o *habeas corpus* não deve ser conhecido quando consistir em utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais.
>
> - Eventual imposição de regime mais gravoso que o correspondente à pena aplicada exige a necessária fundamentação idônea, não bastando, para maior rigor na fixação do regime, a mera consideração da hediondez ou da gravidade do crime em abstrato pelo julgador, conforme dispõem as Súmulas 718 e 719 do STF e 440 do STJ.
>
> - De semelhante modo, em observância ao princípio da individualização da pena, a Corte Suprema "*declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, prevista no § 4º do art. 33 e também no art. 44 da Lei nº 11.343/2006*", possibilitando-se, portanto, tal conversão, também aos condenados por tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos do art. 44 do CP.
>
> - Parecer pelo **não conhecimento** do *writ* e pela **concessão de ofício** da ordem.

É o relatório.

Aos fundamentos apresentados na decisão liminar, acrescento estas palavras do Subprocurador-Geral da República Carlos Frederico Santos, as quais também **adoto** como razão de decidir (fls. 89/92):

> Em que pese restarem evidenciadas a materialidade e a autoria delitivas, bastantes a respaldar a condenação do paciente, razão não assiste ao v. acórdão hostilizado ao manter o regime prisional semiaberto e deixar de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.
>
> O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC nº 111.480/ES, em 27/6/2012, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos ou equiparados, ao declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, em homenagem ao princípio da individualização da pena. Como consequência, eventual imposição de

regime mais gravoso que o correspondente à pena aplicada, inclusive para o crime de tráfico de drogas, exige a necessária fundamentação idônea, o que não se evrifica na espécie, não bastando, para maior rigor na fixação do regime, a mera consideração acerca da hediondez do delito ou da gravidade do crime em abstrato pelo julgador, conforme a inteligência das Súmulas 718 e 719 do STF, *in litteris*:

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

Outrossim, segue o entendimento deste Colendo Tribunal Superior, conforme sedimentado no Enunciado nº 440 da Súmula de sua jurisprudência, 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***".

Nesse diapasão, a aplicação do regime aberto para o início do cumprimento da pena encontra amparo no art. 33, § 2º, "c" do CP, em razão do *quantum* da pena privativa de liberdade fixada - 2 anos e 6 meses de reclusão - e das circunstâncias favoráveis ao paciente, conforme noticiam os autos.

No tocante à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, também em consonância com o princípio da individualização da pena, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC nº 97.256/RS, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei de Drogas que proibiam tal permuta aos condenados por tráfico de entorpecentes.

Nesse prisma, faz-se imprescindível a análise da possibilidade de substituição, de maneira particularizada, a fim de se aferir o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos previstos no artigo 44 do Código Penal, que assim dispõe, *verbis*:

> *Art. 44 - As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:*
>
> *I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;*
>
> *II - o réu não for reincidente em crime doloso;*
>
> *III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.*

In casu, o paciente preenche os requisitos do art. 44, do Código Penal, vez que o crime foi praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa, sua pena foi fixada em patamar inferior a 4 anos de reclusão - 2 anos e 6 meses -, bem como não é reincidente e as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis, tendo-se, ainda, aplicado o redutor estampado no § 4º do art. 33 da Lei Antitóxicos.

Dessa forma, satisfeitos os requisitos exigidos pelo artigo 44 do Código Penal, não há óbice à aplicação do benefício da substituição da pena.

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. *QUANTUM* DE INCIDÊNCIA. MOTIVAÇÃO CONCRETA. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. FIXADO O REGIME FECHADO E NEGADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.
>
> 1. O estabelecimento do redutor em metade não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da quantidade e natureza da substância entorpecente apreendida - 40 porções de cocaína (36g) -, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. Motivada de maneira concreta a fixação do *quantum* de aplicação do referido benefício, não há falar em ilegalidade.
>
> 2. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.
>
> 3. *In casu*, foi fixado o regime inicial fechado e negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com base, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.
>
> **4. Fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação, e aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, sendo a reprimenda final de 2 anos e 6 meses de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 33, § 2º, *c*, e 44 e incisos, ambos do Código Penal.**
>
> 5. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial aberto, ratificada a liminar outrora deferida, bem como para possibilitar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções.
>
> (HC 360.507/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 23/08/2016)

Portanto, a ordem deve ser concedida, a fim de se fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, de modo a sanar a ilegalidade presente na espécie.

Sob esta moldura, **concedo a ordem** a fim de estabelecer o regime inicial aberto para o cumprimento da pena (ref. Processo n. 0000411-94.2017.8.26.0536), ratificada a liminar anteriormente deferida, bem como possibilitar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, a ser fixada pelo Juízo da Vara de Execução Criminal competente.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 02 de abril de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator