

RECURSO ESPECIAL Nº 1.799.111 - SP (2019/0052459-8)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
RECORRIDO : **PEDRO HENRIQUE DA SILVA FERNANDES (PRESO)**
ADVOGADOS : **VANESSA ROMÃO CORRÊA - SP375846**
RENAN ROBERTO DO AMARAL BOLZAN - SP411239
PAULO VALILI NETO - SP374203

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS (3,19 G DE CRACK E 36,71 G DE MACONHA). DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E VIOLAÇÃO DO ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006. DOSIMETRIA. PLEITO DE RESTABELECIMENTO DE CAUSA DE AUMENTO DE PENA. TRÁFICO REALIZADO NAS PROXIMIDADES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO OU HOSPITALAR. PROCEDÊNCIA. CARÁTER OBJETIVO, INDEPENDENTEMENTE DA TRAFICÂNCIA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. PENAS CARCERÁRIA E PECUNIÁRIA REDIMENSIONADAS A 2 ANOS E 11 MESES DE RECLUSÃO, MAIS PAGAMENTO DE 583 DIAS-MULTA. REGIME PRISIONAL FECHADO E VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MANIFESTA ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO, DE OFÍCIO. RECORRIDO PRIMÁRIO. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. PENAS-BASE ESTIPULADAS NO MÍNIMO LEGAL (5 ANOS DE RECLUSÃO, MAIS PAGAMENTO DE 500 DIAS-MULTA). FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. SÚMULAS 718 E 719/STF. SÚMULA 440/STJ. REGIME ABERTO QUE SE IMPÕE. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, C, DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, A CARGO DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. PRECEDENTES DO STF E DO STJ.

Recurso especial provido. Concedido *habeas corpus*, de ofício, para abrandar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade ao aberto, bem como possibilitar a substituição do cárcere por restritivas de direitos.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo **Ministério Público de São Paulo**, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local na Apelação Criminal n. 0015510-49.2017.8.26.0037.

Na sentença de fls. 188/193, o recorrido foi condenado, com suporte nos arts. 33, *caput*, c/c o 40, III, ambos da Lei n. 11.343/2006, às reprimendas de 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 700 dias-multa.

Inconformada com os termos do édito condenatório singular, a defesa interpôs recurso de apelação (fls. 230/254).

O Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao apelo defensivo, para decotar a causa de diminuição de pena prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, bem como para reconhecer a causa de diminuição prevista no mesmo diploma legal, redimensionando as reprimendas do recorrido a 2 anos e 6 meses de reclusão, mais pagamento de 250 dias-multa (fls. 308/345).

Tráfico de drogas. 9 pedras de *crack* e 8 porções de maconha, pesando, respectivamente, as massas líquidas de 3,19g e 36,71g. Sentença procedente à acusação. Recurso do sentenciado. Alegação de nulidade da r. decisão que não comporta guarida face a fundamentação adequada à manutenção do devido processo legal. Pedido de absolvição do increpado por insuficiência de provas ou desclassificação para a conduta tipificada no art. 28 da Lei de Tóxicos. Inocorrência. Acervo probatório que revela envolvimento do acusado com a traficância. Requerimento de fixação da pena-base no mínimo legal. Atendimento em virtude dos preceitos da razoabilidade e proporcionalidade. Afastamento da causa de aumento do art. 40, III da Lei de Tóxicos. Não comprovado que a escola e o hospital tenham sido alvo da atividade do mercador proscrito. Precedentes do Col. STF. Aplicação do redutor legal diante do preenchimento dos requisitos necessários. Regime fechado adequadamente imposto. Impossibilidade de conversão da reprimenda corporal em medidas alternativas. Dá-se parcial provimento ao apelo do réu, tão somente para redimensionar a pena.

No presente recurso especial, além de ser indicada a presença de dissídio jurisprudencial, aponta o recorrente a negativa de vigência ao art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, sob a tese de que, *para o reconhecimento da causa especial de aumento prevista no artigo 40, III, da Lei nº 11.340/2006, basta a simples prática do delito na proximidade de estabelecimentos elencados no dispositivo em questão, sendo desnecessário que o tráfico de drogas vise os frequentadores desses locais* (fl. 372).

Assevera que *o dispositivo mencionado, tem caráter objetivo, dependendo exclusivamente de reconhecimento da proximidade (dependências ou imediações) dos referidos estabelecimentos, circunstância que não foi negada no v. acórdão. [...] O laudo*

pericial de fls. 111/113 aceito e reconhecido no acórdão atesta distância de 290 metros do Hospital Cairbar Schutel e 325 metros da escola municipal Waldemar Saffioli. [...] A razão de ser da causa especial de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006 é a de punir, com maior rigor, aquele que, nas imediações ou nas dependências dos locais a que se refere o dispositivo, dada a maior aglomeração de pessoas, tem como mais ágil e facilitada a prática do tráfico de drogas (aqui incluído quaisquer dos núcleos previstos no art. 33 da Lei n. 11.343/2006), justamente porque, em localidades como tais, é mais fácil ao traficante passar despercebido à fiscalização policial, além de ser maior o grau de vulnerabilidade das pessoas reunidas em determinados lugares (fls. 373/374).

Pede o recorrente o conhecimento e o provimento do recurso visando o restabelecimento da causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas.

Oferecidas contrarrazões (fls. 404/410), o recurso especial foi admitido na origem (fl. 414).

O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento da insurgência (fls. 423/428).

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 40, INCISO III, DA LEI 11.343/06. TRÁFICO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. PRETENSÃO DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO DA MATÉRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

É o relatório.

Para a elucidação do quanto pleiteado no presente recurso especial, necessária a extração do seguinte trecho do combatido aresto (fls. 325/328 – grifo nosso):

[...]

A causa de aumento do art. 40, III da Lei de Tóxicos comporta afastamento.

É que a prova oral nada, simplesmente nada revela estivesse, o apelado, atuando junto a escola e hospital daquelas imediações.

O laudo pericial de fl. 113 realmente revela a existência daqueles estabelecimentos nas imediações do local da prisão em flagrante.

Mas, ainda que a lei reprima com maior rigor aquelas circunstâncias, só a existência delas não basta para majorar a reprimenda, sendo também necessário

que tenham objetivamente sido alvo dos mercadores proscritos.

Nesse ponto a exordial foi genérica. **Tão apenas identificou aqueles prédios como próximos.**

Na dúvida de ter-se, o acusado, favorecido daquela localidade para o cometimento da traficância, preferível também afastar esta parte da increpação.

Sabemos da jurisprudência do e. STJ, todavia, com relação ao art. 40, III da lei de regência, o col. Supremo Tribunal Federal, com relação à última figura (transportes públicos), o que se pode estender às demais, foi firme no sentido de que "(...) o objetivo do legislador foi o de punir com maior rigor a comercialização de drogas em determinados locais, escolas, hospitais, teatros e unidades de tratamento de dependentes, entre outros. Pela inserção da expressão 'transporte público' nesse mesmo dispositivo, entendo que a referência há de ser interpretada na mesma perspectiva, vale dizer, no sentido de que a 'venda' da droga nas dependências do transporte público deve ser apenada com mais rigor (...) Trata-se de interpretação sistemática e teleológica do dispositivo legal. (...). Concluo que a aplicação da causa de aumento do inciso III do art. 40 da Lei 11.343/2006 exige, no tocante ao 'transporte público', a comercialização da droga no próprio transporte público, de todo insuficiente a mera utilização do veículo para a sua carga" (HC 109.538, Min. Rosa Weber rel.; HC 122.701, Min. Rosa Weber rel.).

A orientação não é isolada. Na mesma Corte Suprema, o Min. Ricardo Lewandowski adotou o mesmo entendimento e o declinou para todas as figuras do inciso, verbis: "(...) A causa de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei 11.343/06 somente tem aplicação nas hipóteses em que se verifica a comercialização das drogas nos locais referidos no preceito" (HC 115.815/PR).

Nessa linha, o magistério de Guilherme de Souza Nucci, no sentido de a causa de aumento de pena se justificar "*quando for maior aglomeração de pessoas, e mais fácil, ágil e disseminado torna-se a mercancia da droga*" (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, Guilherme de Souza Nucci, 5a ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010).

A *ratio essendi* da majoração da pena tem como escopo punir com maior rigor o agente na prática do tráfico de drogas em locais cuja aglomeração facilite a distribuição da substância entorpecente.

Com efeito, **a prova deveria trazer mais certeza quanto ao posicionamento estratégico do traficante nas rotas apontadas, com o escopo de aproveitarem-se disso, dessa circunstância, em busca de maior lucro e, em contrapartida, a causar mais dano a número mais expressivo desses alvos.**

[...]

Quanto à aludida violação do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, tenho que razão assiste ao recorrente.

Com efeito, esta Corte Superior firmou entendimento de que para a incidência da referida majorante, **de caráter objetivo**, basta que o tráfico de drogas tenha ocorrido nas proximidades de qualquer dos estabelecimentos previstos no inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006, **ademais, sendo prescindível a comprovação de que o comércio de entorpecentes visava atingir estudantes ou qualquer frequentador dos locais indicados no referido preceito.**

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ILICITUDE DA PROVA. INVASÃO DE DOMICÍLIO. ACÓRDÃO IMPUGNADO LASTREADO EM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 126/STJ. ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, III, DA LEI 11.343/06. INADMISSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DO ACERVO PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. MINORANTE DO TRÁFICO. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. SÚMULA 7/STJ. REGIME MENOS GRAVOSO. INADMISSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. QUANTIDADE RELEVANTE DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. NÃO CABIMENTO. MANTIDA A PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Quanto à ilicitude da prova decorrente da invasão de domicílio, nos termos da Súmula 126/STJ, é inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.

2. Concluindo o Tribunal de origem pela autoria e materialidade delitiva, a alteração do julgado, para fins de absolvição, necessitaria de revolvimento de provas, o que não se admite a teor da Súmula 7/STJ.

3. **Devida a incidência da causa de aumento do art. 40, III, da Lei n. 11.343/06 em razão do cometimento do ilícito nas imediações de entidade recreativa e esportiva, frequentada por muitas pessoas.**

4. Encontrando-se devidamente fundamentado o reconhecimento da dedicação ao tráfico de drogas pelo Tribunal de origem, a desconstituição das premissas fáticas deduzidas no acórdão encontra óbice na Súmula 7/STJ. 5. A relevante quantidade de droga apreendida constitui fundamento idôneo ao recrudesimento do regime inicial de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 3º, do CP.

6. Mantida a pena definitiva em patamar superior a 4 anos de reclusão, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, I, do CP.

7. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.601.199/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 2/5/2018 – grifo nosso).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INTEMPESTIVIDADE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. INOCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO. TRÁFICO DE DROGAS **REALIZADO PRÓXIMO A DUAS IGREJAS. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006 DEVIDAMENTE RECONHECIDA.** REDUTORA DO ART. 33, §4º DA LEI DE DROGAS. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*.

I. A Corte Especial no julgamento do AREsp 957.821/MS, realizado no dia 20/11/2017, decidiu não admitir a comprovação do feriado local em momento posterior à interposição do recurso, quanto este for interposto contra decisão

publicada na vigência do CPC de 2015, em respeito ao art. 1.003, § 6º, do novo CPC.

II. O instituto da preclusão não se aplica ao Magistrado, nem à matéria de ordem pública, como é o caso da tempestividade, pressuposto extrínseco recursal.

III. **O objetivo da lei, ao prever a causa de aumento de pena do inc. III do art. 40, é proteger espaços que promovam a aglomeração de pessoas, circunstância que facilita a ação criminosa. De acordo com os autos, o local onde era praticado o tráfico de drogas ficava próximo a duas igrejas (Igreja Congregação no Brasil e Igreja Comunidade Amor em Cristo).**

IV - **A simples prática do tráfico de drogas na proximidade de tais estabelecimentos é suficiente para a aplicação da majorante, tendo em vista a exposição de pessoas ao risco inerente à atividade criminosa.**

V - As instâncias ordinárias afastaram a minorante do art. 33, §4º, da Lei de Drogas, em face da grande quantidade de entorpecente que o recorrente tinha em depósito (1,360 Kg de maconha), o que demonstra que estava se dedicando à atividade criminosa. Concluir de forma diversa, implica exame aprofundado de prova, inviável em recurso especial, a teor da Súm. n. 7/STJ.

VI - Não há que se falar em *bis in idem* pois a quantidade de entorpecente não foi utilizada para exacerbar a pena-base, que restou fixada no patamar mínimo.

VII - Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp n. 1.028.605/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 10/8/2018 – grifo nosso).

Do Supremo Tribunal Federal colhe-se o seguinte precedente:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR *HABEAS CORPUS*: CF, ART. 102, I, d e i. ROL TAXATIVO. **TRÁFICO DE DROGAS PRATICADO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO (ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, III, AMBOS DA LEI 11.343/2006).** REDISCUSSÃO DE CRITÉRIOS DE DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. **INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DEVIDAMENTE MOTIVADA.** AUSÊNCIA DE ARBITRARIEDADES NO ACÓRDÃO DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM EXTINTA POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. **O tráfico de drogas nas imediações de estabelecimentos de ensino é suficiente para incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006, independente de os agentes visarem ou não os frequentadores daquele local.**

2. A dosimetria da pena, bem como os critérios subjetivos considerados pelos órgãos inferiores para a sua realização, não são passíveis de aferição na via estreita do *habeas corpus*, por demandar minucioso exame fático e probatório inerente a meio processual diverso. Precedentes: HC 97058, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 01/03/2011; HC 94073, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 09/11/2010.

3. *In casu*, os pacientes foram condenados, respectivamente, a 5 (cinco) anos de reclusão e a 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, III, ambos da Lei

11.343/2006 (tráfico de drogas na imediações de estabelecimento de ensino), a ser cumprida no regime fechado, pois foram presos em flagrante, próximo a estabelecimento de ensino, na posse de 180 (cento e oitenta) pedras de crack, uma porção de maconha e R\$ 257,00, em notas de pequeno valor.

4. **O Superior Tribunal de Justiça, cancelando a dosimetria realizada pela Corte estadual, manteve a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006, em razão dos pacientes terem sido flagrados praticando o crime de tráfico de entorpecentes próximo a estabelecimento de ensino.**

5. No caso sub examine, conforme destacou a Procuradoria Geral da República, “o entendimento jurisprudencial e doutrinário é no sentido que a causa de aumento deve incidir sempre que o tráfico seja praticado em locais em que há maior facilidade de difusão do vício diante da maior concentração pessoas. No caso, cuidando-se de crime praticado nas imediações de estabelecimentos de ensino, não há como negar que é maior o perigo para a saúde pública e, mais: não exige a lei que esse estabelecimento seja especialmente visado pelo delinquente. Basta a proximidade física e o conhecimento dessa proximidade”.

[...]

(HC n. 116.929/SP, Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 15/10/2013 – grifo nosso).

Dessa forma, impõe-se o redimensionamento das penas do recorrido.

Conforme disposto no guerreado acórdão (fls. 323/325), preserva-se a pena-base no mínimo legal, 5 anos de reclusão, mais pagamento de 500 dias-multa.

Na segunda etapa, a pena intermediária não comporta alterações ante a carência de atenuante e agravantes.

Na derradeira fase, diante do quanto delineado na presente decisão, restabeleço a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, na mesma fração adotada pelo Juízo singular (1/6 – fl. 191), alcançando a pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, mais pagamento de 583 dias-multa. Ainda nesta etapa da dosimetria, aplica-se a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar de 1/2, conforme reconhecida no acórdão às fls. 329/331, totalizando assim, as reprimendas do recorrido em **2 anos e 11 meses de reclusão, mais pagamento de 291 dias-multa.**

Verifica-se, ainda, da leitura do combatido aresto, a presença de manifesta ilegalidade no que se refere à fixação do regime prisional fechado e na vedação à substituição da pena carcerária por restritivas de direitos, o que importa na necessária concessão de *habeas corpus* de ofício.

No ponto, extraem-se os seguintes trechos do acórdão da apelação (fls. 331/339 – grifo nosso):

[...]

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.

Assim, 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).

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.

Oportuno destacar que, em matéria jornalística veiculada na Folha de S. Paulo do dia 31.5.2015, noticiou-se estudo indicativo de que ao menos 1.685 pessoas morreram no Est. de S. Paulo em 2013 após terem consumido cocaína, uma média de cinco óbitos diários.

E, "Segundo especialistas, o crack é 'cinco vezes mais potente que a própria cocaína e produz dependência com muita facilidade e quase imediatamente após seu primeiro ou segundo uso (...) Os efeitos produzidos ao usuário são basicamente iguais ao da cocaína, porém muito mais intensos (...)' (João Gaspar Rodrigues, Tóxicos, Bookseller, 2001, p. 63)" (RT, 838/571).

Sem dúvida, não se pode negar a nocividade da cocaína em pedra, que apresenta maior lesividade ao organismo humano, tornando o usuário, em curto período de tempo, "escravo do desejo de consumir o entorpecente".

Note-se, por oportuno, que "A cocaína fumada na forma de crack (...) possui ação farmacológica comparável à cocaína" (v. Toxicologia Forense cit., cap. V, nº 1.3.1, pág. 136).

[...]

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).

[...]

Por fim, **não é caso de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.**

O Col. Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no ponto em que vedava, ao réu condenado por tráfico de entorpecentes, a conversão da pena privativa de liberdade em outra restritiva de direitos (HC n. 97.256, j. em 1.9.2010, rel. o Min. Ayres Britto).

O envolvimento com o mercado proscrito, as quantidades apreendidas, o clima de instabilidade social trazido pela traficância não coadunam com os requisitos legais delineados no inc. III do art. 44 do Cód. Penal - as circunstâncias não indicam que eventual substituição seria suficiente.

A propósito, segundo orientação firmada no Col. Pretório Excelso, cabe ao Magistrado, à luz das circunstâncias concretas, avaliar se a conversão é suficiente para a reprovação e prevenção do delito, levando em consideração a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias gerais da prática do crime (HC 118389/SP 2a T. rel. Min. Teori Zavascki j. 5.11.2013).

A reiterada adoção dessas medidas certamente acabará constituindo estímulo para a recidiva, na medida em que reduzirá a patamares quase insignificantes as consequências decorrentes da prática criminosa, cabendo destacar que a danosidade do crime de tráfico - com todos os seus conhecidos e perniciosos consectários - demanda repressão com rigor. Nesse mesmo sentido o precedente do E. STJ: HC 195.400/MS, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 23/10/2012.

[...]

Pela leitura dos trechos acima transcritos, verifica-se que foram utilizados fundamentos abstratos e genéricos para a fixação de regime de cumprimento de pena mais grave.

Outrossim, **todas as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis ao recorrido**, sendo fixada no mínimo a pena-base do crime de tráfico de drogas por ele perpetrado (5 anos de reclusão – fl. 325).

Sendo assim, não há fundamento para dar lastro à imposição de regime prisional mais severo do que o permitido pelo *quantum* da pena, *ex vi* da Súmula 440/STJ.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME PRISIONAL. GRAVIDADE GENÉRICA DO CRIME. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULAS 718 E 719 DO STF. SÚMULA 440 DO STJ. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. Para a exasperação do regime fixado em lei é necessária motivação idônea. Súmulas n.º 718 e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça.

3. Hipótese em que o Juiz de primeiro grau considerou, para fins de regime prisional, favoráveis as circunstâncias judiciais, fixando o intermediário. **Contudo, o Tribunal de origem estabeleceu o regime fechado sem apresentar motivação idônea. Assentou a gravidade genérica do delito, bem como o entendimento, reiteradamente rechaçado por esta Corte, de que em casos de crime de roubo deve sempre ser imposto o regime fechado.**

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de garantir o início do cumprimento da pena em regime semiaberto.

(HC n. 331.754/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 13/11/2015 – grifo nosso).

Dessa forma, fixada a pena-base no mínimo legal (5 anos – art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006) e não ostentando o recorrido antecedentes criminais, é descabida a fixação de regime mais gravoso sem a existência de fundamentação idônea, nos termos das referidas súmulas.

No caso, verifica-se patente a ilegitimidade na fixação do regime inicial fechado.

Por conseguinte, levando-se em consideração a pena final cominada ao recorrido na presente decisão (2 anos e 11 meses de reclusão), é possibilitada a imposição do regime aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

Verifica-se, ainda, a possibilidade de se conferir ao recorrido a substituição da pena privativa de liberdade.

Ressalta-se que a Suprema Corte firmou entendimento quanto à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos se preenchidos os requisitos legais (HC n. 105.779, Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 22/2/2011; HC n. 97.500, Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJe 25/6/2010; e RHC n. 109.374, Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 6/12/2011).

O Supremo Tribunal Federal também já declarou a inconstitucionalidade da proibição à substituição da reprimenda privativa de liberdade:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. **SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO HABEAS CORPUS 97.256. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO. CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL COM REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

(ARE n. 663.261, Ministro Luiz Fux, DJe 6/2/2013 – grifo nosso).

Dessa forma, acabou por afastar a citada obrigatoriedade, possibilitando a substituição a partir da análise dos vetores do art. 33 do Código Penal (HC n. 273.942/SP, Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, DJe 6/5/2014; e HC n. 240.258/SP, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 13/8/2013).

De mais a mais, colaciono o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, inviável o seu conhecimento.

2. Hipótese em que as instâncias de origem não lograram motivar de maneira idônea o estabelecimento do regime inicial fechado, porquanto não declinaram fundamentos suficientes a justificar a eleição do regime mais gravoso, deixando de apreciar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelos arts. 33 e parágrafos, do Código Penal, em patente inobservância ao princípio da individualização da pena e ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988. Para a imposição de regime inicial de cumprimento de pena mais severo que o fixado em lei é necessária motivação idônea. Inteligência das súmulas n.º 718 e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal e n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça.

3. A substituição da pena foi negada com base na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento nos tribunais superiores.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao paciente, bem como possibilitar a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções.

(HC n. 315.110/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 13/4/2015 – grifo nosso).

Diante do exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do RISTJ, **dou provimento** ao recurso especial para restabelecer a causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006. **Concedo** *habeas corpus*, de ofício, para abrandar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade ao aberto, bem como para possibilitar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Publique-se.

Brasília, 03 de abril de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator

