HABEAS CORPUS Nº 490.825 - SP (2019/0024630-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		ANDRE EUGENIO MARCONDES - SP258911
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ANDRESSA DE CASSIA ALVES TOLEDO RAMOS (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício de ANDRESSA DE CASSIA ALVES TOLEDO RAMOS, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal n. 0004545-91.2015.8.26.0292.

A impetrante afirma que a paciente foi condenada, em primeiro grau, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 (tráfico privilegiado).

Alega que a primariedade da paciente, as circunstâncias judiciais favoráveis e o *quantum* de pena permitem a fixação do regime aberto e a substituição da pena por restritiva de direitos.

Requer, em liminar e no mérito, a concessão da ordem nesses termos.

Indeferido o pedido de liminar e prestadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo *"não conhecimento do habeas corpus e, diante da ausência de ilegalidade, pela não concessão da ordem de ofício"* (fl. 108).

É o relatório.

Decido.

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

A controvérsia refere-se ao regime inicial de cumprimento de pena e à substituição da reprimenda corporal por restritivas de direito.

Confiram-se os seguintes trechos da sentença e do acórdão impugnado:

[...]

1 Fase de fixação da pena:

A lei prevê uma pena de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

As circunstâncias do crime são favoráveis ao agente. Fixo a pena base no mínimo legal de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

2ª Fase de fixação da pena:

Deve ser reconhecida a circunstância atenuante pela confissão, que não reduz a pena fixada no mínimo legal.

Não existem circunstâncias agravantes.

3ª Fase de fixação da pena:

Aplica-se a redução da pena prevista no artigo 33, parágrafo quarto, da Lei 11.343/2006, considerando que não foi demonstrada a participação do acusado em organização criminosa ou dedicação ao crime.

Aplico a redução de 1/2 fixando a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa.

A condição econômica da ré não leva a inconstitucionalidade da multa prevista pelo legislador, que deve ser pautada de acordo com a reprovabilidade da conduta, cabendo análise da condição econômica do réu para fixar o valor do dia-multa.

Considerando a condição econômica da ré fixo em um trigésimo do salário mínimo o valor do dia multa.

O regime de cumprimento de pena deve ser inicialmente semiaberto, considerando a gravidade do crime, natureza da droga apreendida e sua quantidade, na forma do artigo 33, §3°, do Código Penal.

Foi levado em consideração na fixação do regime inicial de cumprimento da pena o arrependimento da acusada manifesto em sua confissão.

A natureza da droga traficada não recomenda substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A acusada poderá recorrer em liberdade.

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido para condenar a ré pela pratica do crime descrito no artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006, a cumprir pena de 2 anos c 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, ***fixo regime de cumprimento de pena inicialmente semiaberto****, com valor de um trigésimo do salário mínimo para o dia-multa.* (fls. 40/41)

No que respeita ao regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve ser mantido o semiaberto, *até porque o Plenário do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC 111.840, relatado pelo Ministro DIAS TOFFOLI, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da "obrigatoriedade da fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado"\ enunciada no § 1º do*

art. 2º da Lei n° 8.072/1990 (redação dada pela Lei n° 11.464/2007).

Por outro lado, não podem ser aplicados na espécie os benefícios do artigo 44 do Código Penal.

A Lei 11.343/06 contém expressa manifestação do legislador no sentido da incompatibilidade dos benefícios dos artigos 44 e 77 do C. Penal com o perfil criminológico de tais delitos e a necessidade hodierna de sua maior repressão, por haver-se constituído o fenômeno da expansão do tráfico de drogas em verdadeiro flagelo do mundo contemporâneo. (fl. 52)

Embora a defesa afirme que teria sido fixado o regime inicial fechado, os excertos acima colacionados demonstram que foi estabelecido o semiaberto, o qual se mostra mais adequado à maior gravidade do delito, evidenciada pela natureza da droga apreendida – *crack*. Tal elemento afasta também a possibilidade de substituição da pena por restritivas de direitos.

Quanto ao tema, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL TOTAL DE 4 ANOS E 2 MESES DE RECLUSÃO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. VIABILIDADE. ***DROGA NOCIVA, MAS APREENDIDA EM PEQUENA QUANTIDADE.*** *FRAÇÃO REDUTORA INTERMEDIÁRIA DE 1/2 APLICADA. RESPEITO À PROPORCIONALIDADE. PENA REDUZIDA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. NOCIVIDADE QUE POSSIBILITA A FIXAÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM O BENEFÍCIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

- Na espécie, consigne-se que, embora o paciente seja primário e a pena de 2 anos e 6 meses de reclusão comporte, em princípio, o regime aberto, o regime intermediário, qual seja, o semiaberto, é o que mais se amolda ao caso concreto, ante a ***nocividade da droga apreendida****, elemento que, inclusive, justificou a escolha da fração redutora intermediária pelo tráfico privilegiado. Precedentes.*

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, redimensionando-se as penas do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 250

dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (HC 372.354/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 25/11/2016)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ***PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL INTERMEDIÁRIO.*** *[...] ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

In casu, em razão de as circunstâncias judiciais serem favoráveis (art. 59 do Código penal - CP), de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e de a pena aplicada ser inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, alínea "c", do CP), caberia a fixação do regime inicial aberto. Todavia, a diversidade, natureza e variedade dos entorpecentes (art. 42 da Lei n. 11.343/06) - 59 pinos de cocaína (37,8 gramas), 13 pacotes plásticos que continham pinos de plástico de crack (234,5 gramas), 1.297 papelotes plásticos de maconha (3,942 gramas) e 19 embalagens plásticas de maconha (3.030 gramas) - é fundamentação idônea para justificar a imposição do regime inicial mais gravoso, mas que, no caso é o semiaberto, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do CP e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

[...]

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto, bem como determinar que o Juízo das Execuções considere a possibilidade da detração. (HC 384.990/SP, de Minha Relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 04/09/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA QUE JUSTIFICA A FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA (1/2) UTILIZADA. REGIME PRISIONAL FECHADO. ***PENA INFERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO.*** *SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM O BENEFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas

440/STJ e 718 e 719 do STF.

- Nos termos do entendimento firmado por esta Corte Superior de Justiça, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais severo. Na hipótese, o acórdão recorrido fundamentou a necessidade do regime fechado com base na quantidade e na nocividade da droga apreendida.

- Embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos (pena de 2 anos e 6 meses de reclusão), cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, fazendo jus o paciente ao regime intermediário, qual seja, o semiaberto. Precedentes desta Corte.

- Ainda que o quantum de pena fixado seja inferior a 4 (quatro) anos, a quantidade e a nocividade do entorpecente apreendido não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto. (HC 309.921/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 13/04/2016)

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS NATUREZA. PREVISÕES LEGAIS DECLARADAS INCONSTITUCIONAIS PELO STF. FUNDAMENTO TAMBÉM COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (99 INVÓLUCROS CONTENDO APROXIMADAMENTE 20 GRAMAS DE COCAÍNA). ***FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO. FUNDAMENTO CONCRETO PARA A FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO - O SEMIABERTO - E NÃO O FECHADO.*** *CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

3. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar tanto a imposição do regime mais severo, quanto o indeferimento da substituição das penas, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada. Precedentes.

4. Embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos - 2 anos e 6 meses - cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, fazendo jus o paciente ao regime semiaberto.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva. (HC 338.541/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 07/12/2015)

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus.*

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília (DF), 08 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator