HABEAS CORPUS Nº 502.771 - SP (2019/0097177-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		DEBORA REZENDE DANTAS MOTTA - SP311425
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	JENIFFER RODRIGUES LUZIA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO. APLICAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO E AFASTAMENTO DA SUBSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO.
Ordem concedida liminarmente para, restabelecendo a sentença, fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade.

DECISÃO

Jeniffer Rodrigues Luzia foi condenada à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 166 dias-multa, no valor unitário mínimo, como incursa no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006. A pena privativa de liberdade foi substituída por uma pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo período da sanção corporal, em local a ser designado pelo Juízo da execução, e uma pena de multa no valor de 10 dias-multa. Na oportunidade, foi-lhe permitido o recurso em liberdade (Processo n. 0030392-40.2018.8.26.0050, da 29ª Vara Criminal da comarca de São Paulo/SP).

À apelação do Ministério Público o Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento para cassar as penas restritivas de direitos e fixar o regime inicial fechado, com determinação de expedição de mandado de prisão, após o decurso de prazo para interposição de embargos de declaração ou embargos infringentes, ou, se houver, forem rejeitados.

Daí o presente *habeas corpus* em que a Defensoria Pública requer seja concedida liminarmente a ordem para restabelecer a sentença. Para tanto, argumenta, em suma, que, *sendo a paciente primária, e tendo sido aplicado o redutor previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, em sua fração máxima, com fulcro na figura privilegiada do*

delito, não subsiste qualquer razão para o cumprimento da pena em regime fechado (fl. 2); e que *a paciente preenche todos os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito (artigo 44 do Código Penal), tendo em vista que já foi reconhecida a inconstitucionalidade da vedação à substituição de pena prevista no artigo 44 da Lei 11.343/06* (fl. 5).

Estes autos foram a mim distribuídos por prevenção.

É o relatório.

É manifesto o constrangimento ilegal imposto à paciente, diante da falta de motivação concreta para fixar o regime mais gravoso que o *quantum* da pena autoriza e para não permitir a substituição promovida pelo Juiz.

Para alterar o regime inicial estabelecido na sentença, o Tribunal paulista disse o seguinte (fls. 62/63 – grifo nosso):

> Foi fixado regime inicial aberto na r. sentença. Neste ponto recorreu o Ministério Público, buscando o regime inicial fechado, fundamentadamente, e com razão, a meu ver.
>
> Neste caso particular, entendo que o único regime compatível com o crime de tráfico de drogas é o inicial fechado, justamente pela gravidade concreta existente. Isso porque, **todo indivíduo que participa de narcotráfico revela extrema periculosidade**.
>
> Referindo-se ao regime inicial fechado, já se decidiu: " (...) medida esta estabelecida em perfeita harmonia com o tratamento diferenciado e mais rígido conferido pela própria Constituição federal aos crimes hediondos e equiparados (art. 5º, XLIII), não cumprindo ao Poder Judiciário analisar a conveniência e a adequação da política criminal do seu tratamento, matéria reservada ao Poder Legislativo, Órgão constitucionalmente competente para tanto".
>
> **O crime em tela intranquiliza a população e vem crescendo, causa problemas gravíssimos ao bom convívio familiar. Essa difusão há de ser coibida pelo Estado-Juiz, o qual, ao impor regime mais rigoroso, não só retirará o malfeitor perigoso do convívio social, mas também evitará que ele continue a exercer suas atividades ilícitas, viciando pessoas e destruindo famílias**.
>
> Dessa forma, acolho o pleito do Ministério Público, para fixar à acusada o regime inicial fechado.

E para afastar a substituição, a Corte local levou em conta o seguinte (fls. 63/65):

> Aqui também, como bem consignado pelo Ministério Público, não seria o caso de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.
>
> Sabemos que é vedada tal substituição, nos termos do art. 44, da Lei de

Drogas, vez que se trata de crime equiparado a hediondo.

Nesse sentido, é a jurisprudência:

[...]

É bem verdade que o Senado Federal editou a Resolução nº 05/2012, que dispõe:

[...]

No entanto, a decisão pela inconstitucionalidade do art. 44, da Lei nº 11.343/06, deu-se *incidenter tantum* pelo C. Supremo Tribunal Federal, em maioria apertada, e a Resolução foi editada com o intuito de expandir os limites subjetivos do *decisum*.

Apesar da suspensão por inconstitucionalidade do contido no § 4º do art. 33, tem-se que o art. 44, da mesma lei continua em pleno vigor, o qual dispõe:

[...]

Assim, nos termos do recurso do Ministério Público, de rigor a reconversão das penas alternativas em pena privativa de liberdade.

Os termos do recurso ministerial foram estes (fls. 50/51):

Ainda, mesmo tendo em conta que a apelada foi beneficiada com a redução de sua reprimenda no patamar máximo previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, qual seja, 2/3 (dois terços), **temos que a substituição é inaplicável ao presente feito** consoante lição da Eminente Ministra Maria Tereza de Assis Moura:

> Tem-se que, embora tenha havido a redução da pena no patamar máximo previsto em lei, não se mostra suficiente, ao fim a que se destina, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (STJ, HC nº. 190814/SP, julgado em 21 de junho de 2011, Relatora: Ministra Maria Tereza de Assis Moura).

Logo, **beneficiar a apelada com tal benesse é relegar à impunidade aqueles que diuturnamente contribuem para a intranquilidade da sociedade, e contrariar a *mens legis* que empregou à nova lei de tóxicos maior rigor na punição daqueles que investem contra a saúde pública**.

Nesse sentido se encontram as palavras do acórdão proferido pelo Eminente Desembargador João Augusto Garcia, desse Egrégio Tribunal de Justiça, nos autos da Apelação Criminal n° 993.08.023782-4.

> "Preso em flagrante por prática de crime considerado hediondo por equiparação, não fazia jus a benefícios como o "Sursis" ou as restritivas de direitos. Quanto a essas, inviável para os crimes hediondos e equiparados, porque não foi essa a finalidade do legislador. Ao contrário procurou ele justamente dar um tratamento mais rigoroso para esses crimes. Aliás, a nova lei de tóxicos veda expressamente tais benesses".

Tudo paira na generalidade. Não foi apresentada nenhuma motivação concreta, em completa dissonância com o disposto nas Súmulas 718 e 719/STF, bem como 440/STJ e com a nossa farta jurisprudência. Com efeito, com a edição da

Resolução n. 5/2012, em 15/2/2012, do Senado Federal, não há por que insistir na discussão sobre a vedação à substituição. Para se negar esse benefício da lei, há de ser indicada razão real, o que, na espécie, não ocorreu.

Pelo exposto, **concedo** a ordem liminarmente a fim de, restabelecendo a sentença de primeiro grau, fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade naqueles termos.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 08 de abril de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator