HABEAS CORPUS Nº 502.946 - SP (2019/0098237-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	REGINA BAUAB MERLO - SP210594
		DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ALYSON EDUARDO GAIA DE OLIVEIRA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de **ALYSON EDUARDO GAIA DE OLIVEIRA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado à pena privativa de liberdade de 3 anos de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime fechado, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, e §4º, da Lei n. 11.343/2006.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso defensivo (e-STJ, fls. 24-32).

Neste *writ*, a impetrante alega, em síntese, que a pena fixada é inferior a quatro anos e o regime para o cumprimento inicial da pena deve ser o aberto, tendo em vista também que as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal foram consideradas favoráveis.

Sustenta, ainda, que é cabível na hipótese a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Requer, assim, a concessão liminar da ordem para que seja fixado o regime inicial aberto para o cumprimento da pena do paciente.

É o relatório.

Decido.

A concessão de liminar em *habeas corpus* constitui medida excepcional, uma vez que somente pode ser deferida quando demonstrado, de modo claro e indiscutível, ilegalidade no ato judicial impugnado.

Na espécie, entendo presente pressuposto autorizativo da concessão da tutela de urgência pretendida.

O Juiz de Primeiro Grau determinou o cumprimento da pena em regime fechado, nos seguintes termos:

> "(...)
> Impõe-se, diante deste contexto probatório, a condenação do réu, pela prática do crime previsto no artigo 33 da Lei nº 11.343/06.
> Passo à dosimetria das penas.
> Em face das circunstâncias enumeradas no artigo 42 da Lei n o 11.343/06, fixo as penas-base no mínimo legal, isto é, em 05 (cinco) anos de reclusão e em 500 (quinhentos) dias-multa.
> Não se vislumbra a existência de circunstâncias agravantes e não é possível a aplicação de circunstâncias atenuantes, tais como a menoridade relativa do réu e a sua confissão espontânea em Juízo, uma vez que as penas base foram fixadas em seu patamar mínimo

legal (STJ, súmula 231).
Não há causas de aumento de pena a serem consideradas.
Por outro aspecto, considerando que o réu não ostenta antecedentes criminais e que não restou caracterizado o seu envolvimento com qualquer organização criminosa ou que se dedique, habitualmente, a outras atividades criminosas (conclusão que não se pode inferir da circunstância de que o réu levava consigo vários tipos e razoável quantidade de droga), aplico a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n o 11.343/06, e reduzo as penas de dois quintos. Observo que o réu tinha consigo quantidade razoável de entorpecentes, fato que, aliado à sua diversidade,
impede maior redução na pena. Obtenho as penas finais de 03 (três) anos de reclusão e de 300 (trezentos) dias-multa.
Fixo o regime fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, salientando que a gravidade do delito de tráfico de entorpecentes não admite a fixação de regime inicial de pena mais brando, notadamente porque a ele sabidamente está relacionada a ocorrência de diversos outros delitos. Ademais, vê-se, no caso vertente, que o réu tinha consigo drogas variadas, já embaladas individualmente e prontas para serem vendidas, em quantidade razoável, e que promovia o tráfico em local já conhecido como ponto de venda de drogas, assim fomentando esta situação, a revelar que a conduta do réu, por sua lesividade à ordem e à saúde públicas, é incompatível com a fixação de regime prisional mais brando.
Pelos mesmos fundamentos, verifico que o réu não faz jus aos benefícios previstos nos artigos 44 e 77 do Código Penal." (e-STJ, fls. 21-22)

O Tribunal paulista manteve o regime prisional, pelos seguintes fundamentos:

"(...)
Não comporta, ainda, provimento o recurso no tocante ao abrandamento do regime prisional. Conforme se verifica da r.sentença de primeiro grau, a Magistrada estabeleceu o regime inicial fechado considerando as circunstâncias do crime e consequências advindas da ilícita atividade exercida pelo apelante.
Registre-se, com isso, que não houve violação alguma às Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e 440 do Superior Tribunal de Justiça, já que a gravidade do crime foi analisada no caso em concreto, notadamente ao se considerar a natureza, quantidade e diversidade das drogas, o que justifica, por si só, a fixação de regime mais severo para início do cumprimento da pena, pelo excessivo mal que pode causar à saúde pública, atingindo um número incontável de pessoas, podendo levar os usuários da droga traficada até a morte, o que bem revela a frieza, indiferença e, consequentemente, periculosidade do apelante, não se tratando de mera imposição de regime mais gravoso do que o estipulado pelo montante de pena fixado por se tratar de crime de tráfico de drogas.

> "A alta nocividade da cocaína está a exigir especial rigor no combate a seu tráfico, impondo-se, em consequência, a aplicação aos traficantes de reprimendas penais de severidade correspondente ao

> elevado risco que a nefanda mercancia acarreta à saúde pública" (TJRS AC 687055624 Rel. Jorge Alberto de Moraes Lacerda RJTJRS 130/154).
>
> O tráfico, se não combatido com destemor, incute sentimento de insegurança e descrédito. De que vale o trabalho honesto e, não raro, remunerado de maneira indigna, se o traficante condenado recebe punição branda? Isso repugna, sem dúvida, o senso médio do cidadão.
>
> Ressalte-se que o § 4º, ao prever o tráfico privilegiado, não cria um novo tipo penal, mas apenas uma causa de diminuição de pena, de modo que o tratamento dispensado para ambas as modalidades deve ser o mesmo. Ademais, foi esse o objetivo do legislador, ao impor medidas e restrições mais severas ao tráfico ilícito de entorpecentes.
>
> (...)
>
> Por fim, a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados a tráfico de drogas é incompatível com a gravidade e as circunstâncias em que o crime foi cometido, não havendo qualquer tipo de violação ao princípio da individualização da pena.
>
> Este entendimento deve prevalecer, notadamente ao se considerar a vedação expressa trazida pelo artigo 44 da Lei de Drogas.
>
> Com efeito, o benefício consistente na substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos tem por objetivo primordial o de possibilitar a ressocialização de indivíduos de baixa periculosidade, que praticaram delitos de pequeno grau de lesividade social.
>
> Traficantes de substâncias entorpecentes, sejam de pequeno, médio ou grande porte, não têm o perfil de iniciar o cumprimento de sua pena que não mediante encarceramento. Mesmo o pequeno traficante merece uma punição severa. Basta que a venda de drogas seja realizada uma única vez, para que cause uma série de malefícios ao consumidor e que virá a repercutir a toda a coletividade.
>
> Frise-se que uma das exigências previstas no artigo 44, inciso III, do Código Penal, para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, é a de que os motivos e as circunstâncias indiquem como suficiente tal medida, para a repressão do agente da conduta delituosa.
>
> Muito embora o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do "Habeas Corpus" nº 97.256/RS, tenha recentemente reconhecido, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", contida no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, é de se ressaltar que tal decisão não possui o efeito "erga omnes".
>
> E mesmo a Resolução nº 5 do Senado Federal, de 15 de fevereiro de 2012, que suspendeu a eficácia da referida expressão, não acarreta direito subjetivo do agente que praticou o grave delito do tráfico de entorpecentes a tal conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Assim, afasto tal benesse, concedida pela r. sentença de primeiro grau."(e-STJ, fls. 30-32)

Esta Corte Superior, ao alinhar-se ao entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade da norma disposta no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (STF, HC 111.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2012), passou a inadmitir a fixação do regime inicial fechado com base na mera

fundamentação *ope legis*, aos condenados por crimes hediondos ou a ele assemelhados.

Do mesmo modo, tem-se decidido que considerações genéricas a respeito da gravidade abstrata, do desassossego e da intranquilidade causada à sociedade pelo delito de tráfico de drogas, não são argumentos idôneos para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido no Código Penal (art. 33, §§ 2º e 3º).

Saliente-se que, "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 440/STJ). Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento no sentido de que "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea" (Súmula 719/STF).

In casu, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal foram consideradas favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal. O paciente é primário e sua pena definitiva é inferior a 4 (quatro) anos. Além disso, com ele foi apreendida pequena quantidade de entorpecentes: 19 porções de maconha (39,3g), 36 porções de cocaína (39,6g) e 37 porções de crack.

Assim, em exame perfunctório, vislumbro a existência de constrangimento ilegal na imposição do regime inicial fechado.

À vista do exposto, **defiro a liminar** para permitir ao paciente aguardar o julgamento do mérito deste *habeas corpus* no regime aberto.

Comunique-se, **com urgência**, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao Juízo da 24ª Vara Criminal - Foro Central da Barra Funda - Comarca de São Paulo-SP.

Após, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal para parecer.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 08 de abril de 2019.

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator