HABEAS CORPUS Nº 503.142 - SP (2019/0099491-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		ISABELLA BENITEZ GALVES - SP330270
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ANDREA REGINA MACIEL (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de ANDREA REGINA MACIEL apontando como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (Apelação n. 0003553-12.2017.8.26.0050).

Depreende-se da análise dos autos que a ora paciente, em primeiro grau de jurisdição, foi condenada à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, por trazer consigo **5,6g (cinco gramas e seis decigramas) de maconha**.

A defesa apelou. A 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso para reduzir a pena ao patamar de 2 (dois) anos de reclusão e 200 (duzentos) dias-multa.

Transcreve-se a ementa (e-STJ fl. 41):

> *APELAÇÃO CRIMINAL TRÁFICO DE ENTORPECENTES - PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS OU A DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06 IMPOSSIBILIDADE - Inviável a absolvição ou a desclassificação para o delito o artigo 28 da Lei nº 11.343/06 se as circunstâncias que envolvem os fatos e a quantidade de droga evidenciam a prática do tráfico de entorpecentes Não se pode negar valor aos depoimentos de policiais quando os mesmos são essencialmente harmônicos e não se vislumbra nenhuma razão para incriminarem injustamente a ré - Recurso parcialmente provido, somente para reduzir a pena.*

No presente *writ*, a Defensoria Pública aponta o constrangimento ilegal decorrente da fixação do regime inicial fechado e da não substituição da pena privativa de liberdade (e-STJ fls. 5/8 e 10):

> [...] *no presente caso deveria ter sido fixado o regime inicial aberto, já que preenchidos os requisitos legais: (i) pena abaixo de 04*

> *(quatro) anos e (ii) primariedade.*
>
> [...]
>
> *Ademais, as Súmulas 440 do Superior Tribunal de Justiça, 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal compreendem entendimento jurisprudencial no sentido ora sustentado.*
>
> [...]
>
> *Inapelavelmente, a decisão ora impugnada está em desacordo com o entendimento uniforme das cortes superiores de que a gravidade em abstrato do crime de tráfico e a sua equiparação a crime hediondo, por si sós, não são razões suficientes para a fixação do regime inicial fechado. Isso porque o recorrente é primário e não tem antecedentes criminais.*
>
> [...]
>
> *Verifica-se que não se apresentou fundamentação idônea para a conclusão de que a substituição da pena privativa de liberdade seria inviável no presente caso. A hediondez por equiparação e a gravidade abstrata da conduta não são suficientes para afastar a aplicabilidade do art. 44 do Código Penal aos condenados por tráfico de drogas privilegiado.*

Ao final, requer, liminarmente e no mérito, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

É, em síntese, o relatório.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do HC n. 111.840/ES, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, por ofender a garantia constitucional de individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal). Afastou, dessa forma, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e dos demais delitos a eles equiparados.

Em tal contexto, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

Na espécie, o Tribunal de Justiça manteve a pena-base no mínimo legal

e aplicou a fração de 3/5 (três quintos) na terceira etapa da dosimetria, na forma do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, consolidando a pena em 2 (dois) anos de reclusão. No entanto, manteve o regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda e a negativa de substituição da pena restritiva de direitos, tendo em vista estas justificativas (e-STJ fls. 47/48):

> *O regime inicial para o cumprimento da pena não pode ser outro, que não o fechado, estabelecido na sentença, pois a fixação de regime diverso (aberto ou semiaberto) se mostra insatisfatória à repressão do grave delito praticado, não apenas* ***em razão da natureza do crime, que gera graves prejuízos sociais****,* ***merecendo, por isso mesmo, tratamento mais severo****, mas, notadamente, por* ***não se tratar a ré de ínfima e eventual traficante, tendo em vista a quantidade de droga apreendida, somada à quantia em dinheiro (R$ 20,00), proveniente da venda de diversas outras porções, ficando demonstrada, portanto, a necessidade da fixação do regime fechado.***
>
> *Consigne-se, desta maneira, que o regime inicial fechado não está sendo fixado em razão da quantidade de pena, tampouco da gravidade abstrata do delito, mas das circunstâncias concretas em que praticado o crime em questão, reveladoras da necessidade da imposição de regime mais gravoso, para fins de repressão e prevenção.*
>
> *Da mesma forma,* ***impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.***
>
> *Anote-se, a propósito, que, não obstante a edição, pelo Senado Federal, da Resolução nº 05/2012, que suspendeu a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS,* ***tal substituição não se afigura possível no caso dos autos em que, como já mencionado, a quantidade de entorpecente aprendido, somada à quantia em dinheiro apreendida (R$ 20,00), produto da venda de outras porções, demonstra a altíssima reprovabilidade da conduta da acusada.***
>
> *Dessa forma, ausentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal, face à maior reprovabilidade da conduta e à negativa conduta social, impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.* (Grifei.)

Observa-se que o regime fechado, mais severo do que aquele que a pena comporta, foi fixado sem fundamentação idônea, afrontando o disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição da República e nos enunciados 440 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça e 718 e 719 da Súmula do STF.

Nesse tear, diante dos parâmetros acima, dada a quantidade de pena aplicada, a primariedade da paciente, o fato de não terem sido apontadas circunstâncias judiciais desfavoráveis e a irrelevante quantidade de entorpecente apreendido – **5,6g (cinco gramas e seis decigramas) de maconha** –, deve ser alterado o regime inicial de cumprimento da sanção para o aberto. Além disso, preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, a paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução Penal.

À vista de tais pressupostos, **concedo liminarmente a ordem para fixar o regime inicial aberto de cumprimento de pena e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, a serem estipuladas pelo Juízo da Execução Penal**.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 11 de abril de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator