HABEAS CORPUS Nº 489.691 - SP (2019/0013932-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	MARCUS VINÍCIUS RIBEIRO - SP133116 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ERICK ARAUJO SILVA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício de ERICK ARAUJO SILVA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0020483-08.2017.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime semiaberto, substituída por restritiva de direitos, pela prática do delito tipificado no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (tráfico privilegiado).

O Tribunal *a quo* deu provimento ao recurso da acusação para afastar o privilégio e aumentar a pena para 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado (fls. 65/75).

No presente *mandamus*, a impetrante sustenta, em síntese, que o paciente preenche todos os requisitos para a fixação de regime mais brando, bem como para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Requer, assim, 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, se conhecido, pela denegação da ordem, nos termos da seguinte ementa:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ADMISSÍVEL. DES- CABIMENTO. ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. RES- TRIÇÃO AO USO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA*

> *DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT E, SE CONHECIDO, POR SUA DENEGAÇÃO.* (fl. 80)

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.

Conforme relatado, a controvérsia refere-se ao regime inicial de cumprimento de pena e à substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos.

No caso, o paciente foi preso em flagrante na posse de 12 porções de maconha (16g), 18 de *crac*k e 28 de cocaína (27,7g), razão pela qual foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, substituída a reprimenda corporal por restritiva de direitos, pela prática de tráfico privilegiado.

O Tribunal de origem, em julgamento de apelação, deu provimento ao recurso da acusação para afastar a minorante prevista no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, elevando a pena do paciente para 5 anos de reclusão, em regime fechado. À propósito, confiram-se os seguintes trechos:

> *[...]*
>
> *Há que ser afastado, efetivamente, o redutor de penas previsto no § 4° da Lei 11.343/06, em razão da quantidade e variedade de drogas apreendidas em poder do sentenciado.*
>
> *A regra do mencionado § 4º não foi instituída pelo legislador para atuar como redutora automática das penas correspondentes ao tráfico de drogas, senão com o escopo de disponibilizar ao Juiz um espectro mais amplo de opções no momento de individualizar as penas correspondentes a esse delito.*
>
> *Com efeito, ante a necessidade de individualização da pena criminal e sua aplicação de modo proporcional, é natural que o redutor previsto no § 4º do aludido artigo 33 fique reservado às situações de menor ofensividade, como são aquelas em que se verifica que o agente comercializa drogas menos "pesadas", em pequena quantidade, apenas para sustentar o próprio vício ou de modo eventual, atuando de modo pouco incisivo na emancipação da toxicomania, o que não se vislumbra no caso em apreço.*

Daí porque o Superior Tribunal de Justiça vem afirmando, repetidamente, que é legítimo afastar o benefício acima, mesmo em sendo o réu primário e presentes os demais requisitos, quando expressiva a quantidade ou natureza da droga apreendida [sem destaques nos originais]:

[...]

Há que se considerar que foram apreendidos em poder do sentenciado 12 invólucros plásticos de maconha, 18 "pedras" de crack e 28 eppendorfs de cocaína, razão suficiente para justificar o afastamento do beneficio.

No que respeita ao regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, de rigor a fixação do fechado.

É fato que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no 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 1 decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado" , enunciada no § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990 (redação dada pela Lei nº 11.464/2007).

Sem embargo, como ficou expressamente ressalvado nessa decisão, a Suprema Corte brasileira não afastou como, smj., não poderia mesmo afastar a possibilidade de "o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal".

Tanto é assim que os insignes Ministros do STF (inclusive o Ministro DIAS TOFFOLI, como demonstrado abaixo) têm repetidamente afirmado que a inconstitucionalidade declarada apenas impede a fixação do regime inicial fechado como consequência exclusiva da equiparação do delito de tráfico de entorpecentes aos crimes hediondos, não obstando a fixação desse regime quando decorrente da ponderação, pelo juiz, dos elementos dispostos no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

[...]

No caso em apreço, em face das circunstâncias específicas do fato, em particular a já mencionada dedicação do acusado à venda de variadas espécies de droga, entre elas o crack cujos reflexos à 2 segurança pública são de todos conhecidos, era natural que a conclusão quanto ao regime apropriado a fase inicial de cumprimento da pena corporal fosse no sentido do fechado. A proposta de reprimir a conduta por ele praticada via dos regimes mais brandos certamente seria naturalmente entendida como resposta estatal excessivamente amena, contribuindo à criação de um ambiente de impunidade - entendido como o sentimento coletivo de que a atividade persecutória penal se limita a um mero embate intelectual de argumentos jurídicos, sem qualquer resultado prático ou repercussão social -, que fomenta a

> ***reincidência.***
>
> ***Com o afastamento do redutor de penas torna-se inviável a manutenção da substituição da pena corporal imposta a ERICK por restritivas de direitos, ante a expressa proibição de concessão do benefício aos condenados a penas privativas de liberdade superiores a quatro anos, contida no artigo 44, inciso I, do Código Penal.***
>
> *Ante o exposto, pelo meu voto, DOU PROVIMENTO ao recurso ministerial a fim de redimensionar as penas do sentenciado para 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 dias-multa, no mínimo valor unitário.* (fls. 68/75)

O Plenário do STF, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional, nesses casos, deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do CP.

Por outro lado, firmou-se neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP ou em outra situação que demonstre efetivamente um *plus* na gravidade do delito. Nesse sentido, foi elaborado o Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os Enunciados nºs. 718 e 719 da Súmula do STF.

Na hipótese dos autos, não há falar em flagrante ilegalidade na fixação do regime prisional fechado. Isso porque a quantidade e a natureza das drogas apreendidas justificam a fixação do regime prisional mais gravoso.

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DO REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
>
> *- O Supremo Tribunal Federal, por sua primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação*

pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

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

- No caso, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal de 5 anos de reclusão, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas são circunstâncias que recomendam o regime mais gravoso para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

- Habeas corpus não conhecido. (HC 344.946/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 28/03/2016)

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)

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

2. Fixado o regime inicial fechado não só com base na hediondez do delito, mas também em razão da natureza, quantidade e variedade dos entorpecentes apreendidos em poder do paciente - 22 porções de maconha, pesando 61,37g, 24 eppendorfs de cocaína, pesando 15,64g e 22 eppendorfs de crack, pesando 4,19g - fundamentos os quais, inclusive, justificaram a negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

3. Habeas corpus não conhecido. (HC 371.001/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 17/10/2016)

Por fim, incabível a substituição da pena corporal por restritivas de direito em razão da quantidade de pena aplicada, nos termos do artigo 44, inciso I do Código Penal.

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

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília (DF), 10 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator