HABEAS CORPUS Nº 503.936 - RJ (2019/0103762-1)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO MONICA DE KEMP BORGES BUSTAMANTE
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	:	LEANDRO SILVA
OUTRO NOME	:	LEANDRO DA SILVA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LEANDRO SILVA (ou LEANDRO DA SILVA), apontando como autoridade coatora a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que negou provimento ao recurso de apelação da Defesa (Processo n.º 0015458-39.2017.8.19.0040).

Consta nos autos que o Paciente foi denunciado pela suposta prática dos delitos descritos nos arts. 33 e 35, c.c. o art. 40, incisos III e VI, todos da Lei n.º 11.343/2006, por ter se associado a adolescentes para o fim de praticar tráfico de drogas no Município de Paraíba do Sul – RJ, tendo fornecido aos jovens, para fins de comercialização, 10,8 g (dez gramas e oito decigramas) de maconha, acondicionados em 9 (nove) embalagens plásticas.

Sobreveio sentença que julgou parcialmente procedente a denúncia para condenar o Réu pela prática do delito previsto no art. 33, c.c. o art. 40, incisos III e VI, ambos da Lei n.º 11.343/2006, à pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa.

Interposto recurso de apelação, este foi desprovido, em acórdão assim ementado (fls. 12-13):

> "*EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES DUPLAMENTE MAJORADO, VENDA PRÓXIMO À UNIDADE DE ENSINO ESCOLAR E PELA PRESENÇA DE MENOR (ART. 33,* CAPUT, *C/C ART. 40, III E IV, AMBOS DA LEI N.º 11.343/06).*
>
> *APELANTE QUE, DE FORMA LIVRE E CONSCIENTE, SEM AUTORIZAÇÃO E EM DESACORDO COM DETERMINAÇÃO LEGAL OU REGULAMENTAR, FORNECEU A DOIS ADOLESCENTES, PARA FINS DE TRÁFICO, 10,8 GRAMAS DE MACONHA, DIVIDIDOS E ACONDICIONADOS EM NOVE*

EMBALAGENS PLÁSTICAS TRANSPARENTES, AS COMERCIALIZANDO PRÓXIMO A UMA UNIDADE ESCOLAR.

PRETENSÃO DEFENSIVA AO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, COM APLICAÇÃO DO PERCENTUAL MÁXIMO, QUE NÃO SE CONCEDE. ACUSADO QUE RESPONDE A PROCESSO POR CRIMES DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, REVELANDO SE DEDICAR À ATIVIDADES CRIMINOSAS.

FIXAÇÃO DE REGIME SEMIABERTO IMPOSSÍVEL. REGIME FECHADO ÚNICO ADEQUADO AOS OBJETIVOS PREVENTIVO/REPRESSIVO DA PENA. CRIME HEDIONDO.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS INVIÁVEL, POIS INSUFICENTE À REPROVAÇÃO DA CONDUTA E TAMBÉM EM RAZÃO DO QUANTUM DE PENA COMINADO. APLICAÇÃO DO ART. 44, I E II, DO CÓDIGO PENAL.

DESPROVIMENTO DO RECURSO."

No presente *habeas corpus*, a Impetrante alega violação do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, argumentando que a causa de diminuição da pena foi afastada sob a suposição de que o Acusado se dedicava a atividades criminosas, em ofensa ao princípio *in dubio pro reo*.

Afirma que não há provas nos autos de que o Paciente se dedique a atividades criminosas ou que integre organização criminosa, tanto que foi absolvido do delito de associação para o tráfico.

Argumenta que a anotação constante em sua Folha de Antecedentes Criminais não tem o condão de afastar a causa de diminuição, uma vez que não se trata de condenação transitada em julgado.

Refere violação ao teor da Súmula n.º 444/STJ.

Caso acolhida a pretensão de aplicação do redutor do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas em seu grau máximo, pugna pela readequação do regime prisional para o aberto, bem como pela substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Ainda que não se entenda pela aplicação do redutor, aponta ilegalidade na fixação do regime inicial mais gravoso, alegando que o regime semiaberto é o mais adequado à hipótese em que a pena-base foi fixada no mínimo legal.

Faz referência ao disposto no enunciado n.º 440 da Súmula do STJ.

Requer a concessão de medida liminar para que o Paciente seja colocado

em regime semiaberto ou aberto.

No mérito, pugna pelo reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, com o redimensionamento das reprimendas e a fixação do regime inicial aberto, bem como para que seja substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Caso não se entenda pela aplicação da aludida causa de diminuição da pena, pleiteia a alteração do regime inicial de cumprimento da pena para o semiaberto.

É o relatório inicial.

Passo a apreciar o pedido cautelar, que se restringe à fixação de regime inicial menos gravoso.

No caso, o Magistrado monocrático fixou o regime inicialmente fechado, nos seguintes termos (fl. 30):

> "*O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade é o regime inicialmente fechado eis que adequado e proporcional à repressão dada a hediondez do crime do tempo de pena - artigo 33 do CP*."

O Tribunal de origem manteve o regime mais gravoso sob o seguinte fundamento (fl. 21):

> "*Não há que se falar em fixação de regime semiaberto, eis que o fechado é o único adequado aos objetivos preventivo/repressivo da pena*."

Como se sabe, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena nestes crimes, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal e as Súmulas n.ºs 440/STJ e 718 e 719/STF.

Nesse sentido:

> "[...]
> *2.* ***O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES em 27/6/2012, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe conferiu a Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados.***
> *3. Em 1º/9/2010, quando do julgamento do HC n. 97.256/RS, a*

> *Corte Suprema declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade das expressões* 'vedada a conversão em penas restritivas de direito' *e* 'vedada a conversão de suas penas em restritivas de direito', *constantes, respectivamente, do §4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.*
>
> *4.* ***Caso em que o regime fechado foi aplicado à pena reclusiva imposta à paciente, mais severo do que a reprimenda comporta, sem fundamentação idônea, apenas com fulcro na hediondez do delito e na gravidade abstrata da conduta****. Afronta ao art. 93, IX, da Constituição da República, e ao Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte Superior de Justiça, segundo o qual: '*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'. *Nos mesmos termos, estão os Enunciados n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, também afrontados pelas instâncias ordinárias.*
>
> *5. Considerando o* quantum *da condenação (1 ano, 11 meses e 10 dias), a primariedade da paciente, o fato de não lhe terem sido apontadas circunstâncias judiciais desfavoráveis e o preenchimento dos pressupostos previstos no art. 44 do Código Penal, configura constrangimento ilegal a aplicação do regime inicial fechado e a negativa de substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.*
>
> *6.* Habeas corpus *não conhecido. Ordem concedida de ofício, para alterar o regime de cumprimento de pena para o aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.*" (HC 360.539/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016, sem grifos no original.)

Assim, na hipótese, considerando o *quantum* de pena estabelecido, a primariedade do Acusado e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (fl. 30), mostra-se cabível, nos termos do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal, a fixação do regime inicial semiaberto.

Ante o exposto, DEFIRO o pedido liminar para assegurar ao Paciente o cumprimento da pena no regime inicial semiaberto até o julgamento definitivo deste *writ*, se por outro motivo não estiver preso em regime mais gravoso.

Oficie-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e ao Juízo de primeira instância, comunicando-lhes o inteiro teor da presente decisão para adoção das providências cabíveis.

Requisitem-se informações pormenorizadas ao Tribunal *a quo*.

Após, remetam-se os autos ao Ministério Público Federal para manifestação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora