HABEAS CORPUS Nº 496.793 - SP (2019/0063323-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO JULIANA MARTINS DE CARVALHO MONNERAT - SP225741
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	CARLOS HENRIQUE BEZERRA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de CARLOS HENRIQUE BEZERRA em face de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou provimento ao apelo, mantendo a sentença pelos próprios fundamentos (fls. 50-55).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 4 anos de reclusão em regime inicial fechado e ao pagamento de 400 dias-multa.

Interposta apelação pela defesa foi negado provimento.

Sustenta a defesa, em suma, constrangimento ilegal decorrente da inexistência de motivação idônea para a fixação de regime mais gravoso.

Requer, assim, seja estabelecido o regime prisional aberto.

A liminar foi indeferida (fl. 59).

As informações foram prestadas (fls. 64-71).

O parecer do Ministério Público Federal foi pelo não conhecimento da ordem.

É o relatório.

DECIDO.

Conforme relatado, busca a defesa a fixação de regime inicial aberto ao paciente CARLOS HENRIQUE BEZERRA.

O Tribunal de Justiça negou provimento à apelação da defesa, mantendo a sentença, aos seguintes fundamentos (fls. 52-55):

> [...] A acusação acolhida é a de que Carlos Henrique Bezerra trazia consigo, para fins de tráfico, 101 invólucros plásticos contendo crack (24,1g) e 31 invólucros contendo tricloroetileno (fls. 167ml) e 51 invólucros contendo cocaína (21,5g).
>
> Registra-se que, embora não tenha havido insurgência contra o mérito da condenação, a decisão monocrática respeitou a prova dos autos no que toca à materialidade e autoria delitivas.
>
> Dosimetria.
>
> A pena-base foi fixada no mínimo legal, 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.
>
> A atenuante da confissão espontânea, embora reconhecida, não repercutiu na

pena a teor do que dispõe a Súmula nº 231 do STJ.

Diante da primariedade e bons antecedentes do acusado, e nenhuma indicação de que integre organização criminosa ou se dedique a atividade criminosa, foi-lhe concedido o privilégio previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, reduzindo-se a pena em 1/5, restando definitiva a reprimenda de 4 anos de reclusão e 400 dias-multa mínimos.

Ressalte-se, quanto aos elementos determinantes da relativização do tráfico privilegiado, que no tocante aos critérios da natureza e quantidade de drogas, a Corte Suprema assentou entendimento de que podem, segundo a discricionariedade do Juízo, figurar como balizadores do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, sendo vedada apenas a utilização simultânea na primeira e na terceira fase da dosimetria.

Destarte, haja vista a apreensão da quantidade de entorpecentes apreendidos, merece ser mantida a redução na fração de 1/5.

Por fim, o regime prisional fechado não comporta modificação.

A conduta apenada é a de trazer consigo e ter em depósito 101 invólucros plásticos contendo crack (24,1g) e 31 invólucros contendo tricloroetileno (fls. 167ml) e 51 invólucros contendo cocaína (21,5g).

Veja-se que a conduta do acusado extrapolou a repressão natural do tipo penal referente ao tráfico de drogas, que por vezes se evidencia em comercialização de quantidade menor que aquela apreendida.

Além disso, a natureza dos entorpecentes apreendidos (cocaína, crack) revela a especial reprovabilidade delitiva, já que tal substância tem alto poder viciante e destrutivo à saúde humana, em relação a outros entorpecentes sobre cuja comercialização recai a mesma conduta delitiva. Nota-se, também, que o montante de porções individuais demonstra acessibilidade a maior número de usuários, implicando em maior extensão da ofensa ao bem jurídico protegido. Por tais circunstâncias, a atuação do acusado requer intensa resposta penal, e justifica a adoção do regime mais gravoso.

Destarte, as circunstâncias concretas do caso em comento demonstram não ser recomendável a adoção de regime prisional mais brando que o fechado até para que não se provoque afrouxamento excessivo e intolerável estímulo ao criminoso, forjando, em seu espírito, a sensação de uma ilusória impunidade.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO aos apelos defensivo e do Ministério Público, mantendo, assim, a respeitável sentença apelada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Quanto ao regime prisional e a substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direito, constou da sentença (fls 18-22):

As circunstâncias judiciais não são desfavoráveis ao agente.

Fixo a pena-base no mínimo legal, de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

É claro que ele confessou o crime e tinha 18 anos ao tempo do fato. As penas, contudo, não podem ser reduzidas para aquém do mínimo, consoante o entendimento consolidado na Súmula 231 do STJ (A incidência da

circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal).

É caso de aplicação do redutor de pena previsto no § 4º, do art.
33, da Lei 11.343/2006.

O réu é primário e não tem antecedente criminal. Não há nos autos, além da própria conduta objeto desta ação penal, indicativo concreto de que ele integrasse organização criminosa ou se dedicasse à prática de crimes.

Anoto que não se pode presumir, à míngua de prova palpável, estivesse ele cometendo o tráfico de drogas habitualmente ou integrasse uma organização dedicada ao crime. Entendimento diverso poderia arranhar os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal.

Assim, considerando a razoável quantidade e a diversidade de drogas apreendidas, aplico a causa de redução em 1/5, tornando definitivas as penas, na ausência de outras causas legais modificadoras, em 4 anos de reclusão e 400 dias-multa.

O tráfico de entorpecentes, ainda que privilegiado, como no caso, é assemelhado a crime hediondo, impondo-se, desse modo, a aplicação de regime prisional inicial fechado (art. 2, XLIII, da Constituição Federal c.c. os arts.
2º, § único e 2º, § 1º, ambos da Lei 8.072/90).

Não se desconhece o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 118.533, afastando o caráter hediondo do crime de tráfico de entorpecentes quando aplicada a causa de redução de penal prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006.

Não se ignora, ainda, a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, pelo Pretório Excelso, no julgamento do Habeas Corpus nº. 11.1840.

É certo, todavia, que tais decisões foram proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade, ou seja, “incidenter tantum”, com efeitos meramente “inter partes”.

Portanto, a posição do Supremo Tribunal Federal, sobre ambos os temas, não vincula os demais órgãos do Poder Judiciário, o que se daria apenas se adotada em sede controle concentrado, com efeitos “erga omnes”.

Está preservado, portanto, o meu posicionamento sobre a validade e constitucionalidade desses comandos legais, que não violam, de modo algum, os princípios da legalidade e da individualização da pena.[...]

E ainda que assim não o fosse, a quantidade e a diversidade de drogas apreendidas (101 porções de crack, 51 porções de cocaína e 167 mililitros da droga tricloroetileno) imporiam a adoção do regime mais gravoso, segregando- se o acusado do convívio social por um período maior, de forma a prevenir a sociedade e fazê-lo compreender a gravidade de sua conduta.

Finalmente, incabível a substituição da pena carcerária por restritivas de direitos, porque estas são manifestamente incompatíveis com o caráter hediondo do crime e com o regime prisional arbitrado, fechado.

Posto isso, JULGA-SE PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação penal para condenar CARLOS HENRIQUE BEZERRA por infração ao artigo 33,

> "caput", da Lei 11.343/2006, às penas de 4 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 400 dias-multa e absolvê-lo da prática do crime previsto no art. 329 do Código Penal, nos termos do art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal.
> Indefere-se o direito de interpor recurso em liberdade por persistirem os fundamentos que ensejaram a custódia preventiva. [...]

Como se vê, o regime inicial fechado foi fixado com base na quantidade e na natureza dos estupefacientes apreendidos. Ocorre que, o § 3º do art. 33 do CP estabelece que a *determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código*. Ou seja, exige-se fundamentação concreta para a fixação de regime inicial mais gravoso do que a pena aplicada permite, nos termos do disposto das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF, *ad litteram*:

> Súmula 440/STJ: 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 718/STF: A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.
> Súmula 719/STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Com relação à espécie dos entorpecentes e às circunstâncias de abordagem da paciente, constata-se que, apesar de apreendida cocaína, sendo esta considerada de natureza extremamente nefasta, foi apreendido 24,1 gramas de crack, 21,5 gramas de cocaína e 167 mililitros de tricloroetileno, quantidade que não justifica a imposição do regime inicial mais gravoso.

Ademais, da leitura do acórdão (fls. 50-55), nota-se que as circunstâncias nas quais o paciente foi flagrado são normais à prática do delito de tráfico de drogas, não possuindo nenhuma particularidade que justificasse o modo prisional fechado.

Assim, sendo o réu técnicamente primário (fl. 18), não sendo significativa a quantidade dos entorpecentes apreendidos, e pena final estabelecida em patamar igual a 4 anos de reclusão, de rigor a concessão da ordem para alterar o regime inicial para o aberto, em conformidade com o art. 33, § 2º, *c*, do Código Penal. Nesse sentido, tem-se os seguintes julgados:

> HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO. ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
[...]
2. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo, de acordo com o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.
In casu, em razão da primariedade do paciente, do quantum de pena aplicado, inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, "c", do CP), da inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP), bem como da fixação da pena-base no mínimo legal, o regime a ser imposto deve ser o aberto. Precedentes.
[...]
Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, ratificando a liminar anteriormente deferida, fixar o regime inicial aberto para cumprimento de pena.
(HC 379.637/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. QUANTIDADE DE DROGA INEXPRESSIVA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS A DEMONSTRAR QUE O PACIENTE SE DEDIQUE A AITIVIDADE CRIMINOSA OU INTEGRE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. PRIMARIEDADE E MONTANTE DA PENA QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL ABERTO.
[...]
3. O regime mais gravoso que o patamar de pena aplicada pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, conforme o teor das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.
4. In casu, o regime fechado foi estabelecido pelo Tribunal de origem com base na gravidade abstrata do delito, fundamentação que deve ser afastada. Constatada a primariedade, ausência de circunstâncias desfavoráveis e o quantum da pena privativa de liberdade inferior a 4 anos faz jus o paciente ao regime aberto.
5. Agravo regimental desprovido.
(AgRg no HC 358.495/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 16/02/2017)

Por fim, quanto à de substituição da pena privativa de liberdade por

restritiva de direitos, tem-se que a concessão da benesse foi negada pelo aos seguintes fundamentos (fl. 22):

> Finalmente, incabível a substituição da pena carcerária por restritivas de direitos, porque estas são manifestamente incompatíveis com o caráter hediondo do crime e com o regime prisional arbitrado, fechado.

Com efeito, observa-se que foi negada a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos com esteio no regime fixado bem como na hediondez do crime. Entretanto, trata-se de réu primário, cuja pena final estabelecida em patamar igual a 4 anos de reclusão, não sendo o volume considerável a ponto de impedir a conversão.

Assim, de rigor a concessão da ordem, de ofício, para determinar a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, em conformidade com o art. 44 do Código Penal. Nesse sentido, os seguintes julgados:

> HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO EM METADE. RAZOABILIDADE. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM, EM MENOR EXTENSÃO.
> 1. O Tribunal de origem não logrou fundamentar de maneira idônea a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no percentual mínimo de 1/6, porquanto não declinou motivação suficiente para a fixação do redutor no referido patamar, sendo razoável, diante da quantidade da droga apreendida - **44,59 g de cocaína** -, a aplicação da minorante em metade, redimensionando-se a pena para 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa.
> 2. Fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação, e aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no patamar de 1/2, sendo a reprimenda final 2 anos e 6 meses de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 33, § 2º, c, e 44 e incisos, ambos do Código Penal.
> 3. Ordem concedida, em menor extensão, a fim de reduzir a pena do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto, possibilitando, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções.
> (HC 392.193/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/05/2017, DJe 25/05/2017)

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para alterar o regime inicial

para o aberto e, de ofício, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Tribunal *a quo*.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 15 de abril de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator