HABEAS CORPUS Nº 500.167 - SP (2019/0081859-2)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	ANTONIO CARLOS MACHADO JUNIOR
ADVOGADO	:	ANTÔNIO CARLOS MACHADO JÚNIOR - SP209836
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	JONES CANUTO DIAS CANDERA

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. COCAÍNA (2,74G), PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL E MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006 NA FRAÇÃO MÁXIMA. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de JONES CANUTO DIAS CANDERA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação Criminal n.º 0000579-54.2018.8.26.0571.

Ao que se tem dos autos, o Paciente foi preso em flagrante delito, no dia 19/05/2018, e denunciado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porque guardava e mantinha em depósito, para entrega a consumo de terceiros, 28 (vinte e oito) microtubos contendo cocaína, com peso líquido de 2,74g (dois gramas e setenta e quatro centigramas). Foi-lhe concedida a liberdade provisória.

No dia 14/11/2018, o Réu foi condenado, pela prática de tráfico privilegiado, às penas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo, concedido o direito de recorrer em liberdade (fls. 11-20).

O Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso defensivo, mantendo a sentença condenatória, em acórdão assim ementado (fl. 22):

> *"Apelação da Defesa Tráfico de drogas Materialidade e autoria induvidosas Prisão em flagrante Conjunto probatório robusto Acusado surpreendido na posse da droga Apreensão de 28 porções de cocaína, com peso aproximado de 2,74 gramas, além de uma quantia em dinheiro Óbice à desclassificação para a conduta descrita no artigo 28 da lei de Drogas Condenação mantida Pena-base fixada no mínimo legal a míngua de maus antecedentes Aplicado redutor previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, no patamar máximo Fixação do regime inicial*

fechado Impossibilidade da fixação de regime mais brando e da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos Mercês incompatíveis com delitos de singular gravidade Necessidade de maior repressão ao tráfico de entorpecentes Decorrido o prazo para eventual oposição de Embargos de Declaração ou Embargos Infringentes, expeça-se mandado de prisão Recurso de apelação desprovido, com determinação."

Nas razões deste *habeas corpus*, o Impetrante sustenta haver ilegalidade na fixação do regime inicial fechado. Afirma, ainda, que *"é cabível a concessão da substituição por pena restritiva de direitos"* (fl. 8).

Requer a concessão liminar da ordem para *"determinar o regime inicial aberto, bem como a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, determinando a expedição imediata de contramandado de prisão em favor do paciente"* (fl. 9).

Deferi o pedido liminar, nos termos da decisão de fls. 263-266.

As informações foram dispensadas.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, confirmando a liminar deferida (fls. 272-273).

É o relatório. Decido.

Na individualização da reprimenda, o Juiz sentenciante, ao fixar a pena e o regime inicial para o seu cumprimento, lançou a seguinte fundamentação (fls. 19-20):

"II – DA DOSIMETRIA DA PENA. (Art. 59, inc. II, do Código Penal). Fixada a responsabilidade do Acusado, passo à dosimetria da pena. - Art. 59, caput*, do Código Penal: Considero boas as circunstâncias judiciais, razão pela qual fixo a pena base em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias - multa, no piso. Art. 61 e art. 65, do CP: Não há. - Art. 68, do CP: Considerando-se a quantidade e a natureza dos entorpecentes, reduzo a pena em 2/3. Fixo-a em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e de 166 (cento e sessenta e seis) dias – multa, no piso, pena que torno definitiva. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA – ART. 59, INC. III, DO CÓDIGO PENAL: Considerando-se a quantidade e a natureza dos entorpecentes, o regime será o inicial fechado. Incabível a detração, antes tais circunstâncias. - Art. 59, inc. IV, c/c Art. 44, do Código Penal: Ausentes os requisitos, à vista da quantidade e da natureza dos entorpecentes. Art. 77, do CP: Ausentes os requisitos, à vista da quantidade e da natureza dos entorpecentes."*

Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim consignou (fls. 26-27):

"O regime fechado deve prevalecer, pois entendo inadequada a

fixação de regime diverso para início do cumprimento da pena ou mesmo a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, diante da expressa e inequívoca gravidade do crime de tráfico de drogas.

Não se olvide da recente decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal, reconhecendo, em caráter incidental, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos, que estabelece o cumprimento da pena em regime inicialmente fechado, aos agentes condenados por crimes hediondos e equiparados (STF, 111.840/ES, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, julgado de 27-06-12), todavia, a norma citada está em pleno vigor e o recente entendimento da Suprema Corte não impõe de forma obrigatória o acatamento do novo entendimento.

Registra-se ainda que o Excelso Supremo Tribunal Federal recentemente também reconheceu, de modo incidental, a inconstitucionalidade da expressão 'vedada a conversão em pena restritiva de direitos' *constantes dos artigos 33, § 4º e 44 da Lei Antidrogas.*

Esse reconhecimento de inconstitucionalidade, todavia, não implica substituição automática da pena de prisão por pena restritiva de direitos.

Na decisão é ressalvada a possibilidade de o julgador analisar, em cada caso concreto, a viabilidade e admissibilidade dessa substituição.

[...]

Vale consignar ainda que número de pessoas que poderiam ser servidas com as drogas bem demonstra a periculosidade latente do réu, recomendando o cumprimento da pena no regime inicial fixado e obstando a substituição da pena por quaisquer das medidas alternativas."

Cumpre ressaltar que, em 27/06/2012, o Tribunal Pleno da Suprema Corte, no julgamento do HC n.º 111.840/ES, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, declarou incidentalmente, por maioria, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90 (redação dada pela Lei n.º 11.464/2007) e afastou a obrigatoriedade de se fixar o regime inicial fechado para os condenados por tráfico ilícito de drogas.

Assim, independentemente do caráter hediondo do crime, deve o julgador, ao fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Na hipótese, verifica-se que o Réu é primário, a pena-base foi fixada no mínimo legal e a pena definitiva foi estabelecida em *quantum* inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, ou seja, em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão (fl. 21). Assim, considerando a pena definitivamente fixada, as circunstâncias judiciais favoráveis e a não expressiva quantidade de droga apreendida (2,74g de cocaína), o regime inicial de

cumprimento de pena deve ser o **aberto**. Com igual conclusão, cito precedente:

> "HABEAS CORPUS. *REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. SÚMULA N.º 719 DO STF.*
>
> *1. Fixada a pena em seu mínimo legal, inferior a 4 (quatro) anos, não sendo caso de reincidência, e não havendo circunstância judicial desfavorável, tal como reconheceu o acórdão impugnado, não há falar em adoção do regime inicial semiaberto,* ***se o próprio paradigma legal permite a adoção do regime inicial aberto*** *(art. 33, § 2º, c e § 3º c/c art. 59, CP).*
>
> *2. Incidência da Súmula nº 719 do STF: '*A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*'*
>
> *3. Ordem concedida.*
>
> *4. Extensão da ordem, de ofício, ao corréu."* (STF, HC 83.613/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, DJ de 30/04/2004; sem grifos no original.)

Ademais, mostra-se socialmente recomendável a substituição de pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, pois verifica-se que foram consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, além disso, o Paciente é primário e não foi apreendida quantidade expressiva de entorpecentes, aplicando-se a minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006.

Ilustrativamente, cito os seguintes precedentes: AgRg no AREsp n.º 1.235.920/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe de 10/08/2018; e HC n.º 359.813/RS, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe de 22/06/2018.

Ante o exposto, CONCEDO a ordem de *habeas corpus* para fixar o **regime aberto** como regime inicial para o cumprimento de pena e **conceder a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos**, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora