HABEAS CORPUS Nº 514.996 - SP (2019/0166803-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		ÉRICA LEONI EBELING - SP323262
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	WERISTON CAMARGO VITTA DA SILVA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de WERISTON CAMARGO VITTA DA SILVA apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0086467-36.2017.8.26.0050).

Narram os autos que o ora paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 1 ano e 10 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, como incurso no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, incidente a minorante prevista no § 4º do mesmo artigo (e-STJ fls. 8/16).

Consta que com o paciente foram apreendidos aproximadamente 15g de cocaína, 0,2g de *crack* e 20g de maconha (e-STJ fl. 36).

Irresignada, a Defensoria Pública Estadual apelou. O Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso para reduzir a pena aplicada, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fls. 29/30):

> *Tráfico de drogas Recurso defensivo pleiteando a absolvição por insuficiência probatória e, subsidiariamente, a redução da pena base para o mínimo legal, o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos - Provas francamente incriminadoras Condição de usuário de drogas que não elide a concomitante atividade de traficância Pena alterada Redução da pena base ao patamar mínimo Quantidade de entorpecentes apreendidos que não justifica a apenação mais rigorosa Réu beneficiado com a aplicação do redutor - Incidência que não pode ser regra, independentemente de ser o agente primário e de bons antecedentes Réu que fazia do comércio ilícito de entorpecentes seu meio de vida, não se tratando de traficante ocasional Inviabilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - Crime nefasto, sendo preciso maior*

> *reprovabilidade àquele que envereda para a prática de tal conduta ilícita, de modo a prevalecer o parâmetro da sufic iência e proporcionalidade na fixação da pena - Necessidade de imposição de tratamento mais rigoroso ao traficante Regime prisional fixado com critério Crime de tráfico de drogas equiparado a hediondo, ensejando a aplicação, inicialmente, de um regime mais severo, mostrando à sociedade a eficaz repressão a esse tipo de delito - Personalidade deturpada, causadora de risco à ordem pública, de quem envereda para a prática desse tipo de criminalidade - Parcial provimento.*

No presente *habeas corpus*, a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois manteve o regime inicial fechado com base na gravidade abstrata do delito de tráfico, diante da previsão no art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/90, que trata dos crimes hediondos ou equiparados.

Afirma que o paciente é primário, teve a pena base fixada no mínimo legal, com análise favorável das circunstâncias judiciais, razão pela qual seria cabível o regime aberto.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a concessão da ordem para que seja estabelecido o regime aberto, com a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

É, em síntese, o relatório.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, 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).

Com efeito, examinando os autos, infere-se que a pena-base, reformada pelo Tribunal de origem, foi fixada no mínimo legal e, não obstante o *quantum* da condenação, a primariedade do réu e o fato de serem favoráveis todas as circunstâncias judiciais, foi fixado o regime fechado (e-STJ fls. 37/38):

> *Por fim, o regime inicial fechado para o cumprimento da pena foi corretamente fixado, não comportando abrandamento. A gravidade do crime assim o recomenda, sendo comparado a crime hediondo, o que enseja a aplicação, inicialmente, de um regime mais severo, mostrando à sociedade a eficaz repressão a esse tipo de delito.*
>
> *Não é só. Quem envereda para a prática desse tipo de criminalidade, indisfarçavelmente tem personalidade deturpada, causadora de risco à ordem pública.*

Dessa forma, levando-se em conta a quantidade de pena aplicada – 1 ano e 8 meses de reclusão –, a primariedade do paciente e, ainda, a pequena quantidade de droga apreendida, vislumbro a existência de constrangimento ilegal decorrente da imposição do regime inicial fechado fixado pelas instâncias de origem, uma vez que o regime aberto se revela como o mais adequado à prevenção e à repressão do delito em tela, conforme o art. 33, § 3º, do Código Penal.

No mesmo sentido, confiram-se os seguintes julgados:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO NA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO INCABÍVEL NA ESTREITA DO WRIT. REGIME FECHADO. HEDIONDEZ DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. QUANTIDADE DA DROGA NÃO EXPRESSIVA. PENA INFERIOR A 4 ANOS E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *1. 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.

2. A alegada falta de provas de que o paciente teria praticado o delito de tráfico de drogas demandaria o exame aprofundado do conjunto probatório produzido no feito, providência que é inadmissível na via estreita do habeas corpus. Precedentes.

3. Em relação ao regime, como é cediço, 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.

4. No caso, apesar de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, o paciente ser primário, a pena-base fixada no mínimo legal e o redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 aplicado na fração máxima, o regime fechado foi fixado com base na hediondez.

5. Assim, considerando a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, a primariedade do acusado e a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, além da pouca quantidade de entorpecentes apreendidos, deve ser fixado o regime aberto para cumprimento da pena.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime aberto. (HC 392.152/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/05/2017, DJe 10/05/2017.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS (20,6 G DE MACONHA). RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS (ART. 59 DO Código Penal - CP). POUCA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE (ART. 42 DA LEI N. 11.343/06). CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06) FIXADA EM 1/6 SEM FUNDAMENTAÇÃO. DIREITO À FRAÇÃO MÁXIMA (2/3). PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA A FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO (ART. 33, § 2º, "C", E § 3º, DO CP) E PARA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS (ART. 44 DO CP). WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus

substitutivo de recurso próprio, ressalvando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

- A fixação da causa de diminuição de pena (§ 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06) no mínimo legal (1/6) sem nenhum fundamento apto a afastar a fração máxima (2/3) constitui constrangimento ilegal, sobretudo em razão das circunstâncias judiciais favoráveis (art. 59 do CP) e da pouca quantidade de droga (art. 42 da Lei n. 11.343/06). Tais critérios permitem ainda a fixação do regime aberto (art. 33, § 2º, "c", e § 3º do CP) e a substituição da pena por restritiva de direitos (art. 44 do CP).

- Habeas corpus não conhecido. Contudo, ordem concedida de ofício para aplicar a causa de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 no patamar máximo de 2/3 (dois terços), reduzindo-se a pena para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, em regime aberto, substituída por medidas restritiva de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Execução. (HC 300.199/PR, Rel. Ministro ERICSON MARANHO, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe 19/08/2015.)

PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/1990 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ART. 33 DO CP E 42 DA LEI N. 11.343/2006. REGIME ABERTO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

- A obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crime hediondos e os a ele equiparados foi declarada inconstitucional pelo c. Pretório Excelso, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES. Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei.

- Na hipótese dos autos, tendo a pena sido fixada em 01 (ano) e 08 (oito) meses de reclusão, a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 aplicada no patamar máximo, sendo o réu não reincidente e favoráveis as circunstâncias - não expressiva a quantidade de droga apreendida (quatro pedras de crack) a fixação do regime aberto é medida que se impõe.

- Recurso especial provido para fixar o regime aberto como inicial para o cumprimento da pena. (REsp 1.364.906/MG, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD, DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJSE, QUINTA TURMA, julgado em

18/04/2013, DJe 25/04/2013.)

Por derradeiro, afastada a hediondez e a gravidade abstrata do crime como critério para obstar a substituição das penas e preenchidos os pressupostos previstos no art. 44 do Código Penal, resulta cabível a conversão das sanções privativas de liberdade em medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo respectivo Juízo das Execuções Criminais.

Ante o exposto, **concedo liminarmente a ordem de *habeas corpus* para assegurar ao paciente o regime aberto para o cumprimento da pena, bem como para substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 10 de junho de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator