

HABEAS CORPUS Nº 515.334 - SP (2019/0167790-8)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIEL MOBLEY GRILLO - RJ134850
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE LUIS DA SILVA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de ALEXANDRE LUIS DA SILVA apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Embargos Infringentes n. 0033643-71.2015.8.26.0050).

Narram os autos que o ora paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 1 ano e 8 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. 16/22).

Consta que com o paciente foram apreendidos 4,7g (quatro gramas e sete decigramas) de cocaína (e-STJ fl. 13).

Irresignada, a Defensoria Pública estadual apelou. O Tribunal de origem negou provimento ao recurso, por maioria, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 35):

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA REFUTADA - RÉU SILENTE NAS DUAS OPORTUNIDADES EM QUE FOI OUVIDO - TESTEMUNHO SEGURO DO POLICIAL CIVIL RESPONSÁVEL PELA PRISÃO EM FLAGRANTE - VALOR PROBATÓRIO DOS RELATOS PRESTADOS POR SERVIDORES PÚBLICOS - DOSIMETRIA PENAL INALTERADA - REGIME FECHADO E INAPLICABILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS - RECURSO DESPROVIDO.

Interpostos embargos infringentes, estes foram desprovidos, em acórdão a seguir ementado (e-STJ fl. 55):

Embargos Infringentes – Tráfico de drogas "privilegiado" – Pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e fixação de regime aberto para cumprimento de pena, nos termos do entendimento da minoria julgadora do v. Acórdão – Não

acolhimento – Crime hediondo. Causa de diminuição de pena que não altera a natureza da conduta. Substituição da pena devidamente afastada; regime fechado necessário – Acórdão mantido – Embargos rejeitados.

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. 8.072/1990, 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 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. 58/62):

Assim, inviável o pleito da Defesa de fixação de regime menos gravoso. Sustenta este Relator que em casos como os dos autos, a fixação de regime inicial fechado é de suma importância para a prevenção e a repressão do crime de tráfico de drogas em nosso país, o qual vem assumindo uma proporção sem precedentes, além de merecer a conduta do acusado maior repressão por parte do Estado.

[...]

A imposição de regime fechado para início do cumprimento da pena é o reflexo esperado por conta do tratamento mais rigoroso dado pela Constituição da República ao crime de tráfico ilícito de drogas que, inclusive, é equiparado à categoria de crime hediondo pela legislação infraconstitucional.

O tratamento mais severo configura eficiente medida político-criminal, harmonizando a legislação brasileira aos Tratados Internacionais de que o país é signatário, referentes ao combate contra a traficância ilícita, sobretudo diante do alto índice de drogas produzidas no país e a localização estratégica do Brasil como rota para a entrada e saída de entorpecentes para distribuição nacional e internacional.

Impossível, igualmente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Com efeito, os artigos 33, § 4º, e 44, caput, ambos da Lei nº 11.343/06, impedem que os condenados pela prática dos crimes definidos nos artigos 33, caput, e inciso I, e artigos 34 a 37, todos da referida Lei de entorpecentes, sejam beneficiados com a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Nada obstante o teor da recente resolução do Senado Federal, que suspendeu a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, arrimado na decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou inconstitucional a vedação legal à substituição para o crime de tráfico, no julgamento do Habeas Corpus nº 97.256/RS, o posicionamento parece não refletir a conjuntura expectável frente à forte política de combate ao tráfico de entorpecentes implementada pelo Estado.

Note-se que o próprio artigo 44 do Código Penal estipula casos específicos em que não é permitida a substituição da pena, obstando a concessão do beneplácito legal a casos em que a substituição não tem o condão de alcançar os fins colimados com a aplicação da pena e da lei penal.

E neste ponto, a aplicação de uma medida tão branda e complacente vai de encontro ao tratamento austero e rígido que vem expresso pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Neste sentido, a Constituição Federal reserva tratamento especialmente severo ao tráfico ilícito de entorpecentes nos artigos 5º,

inciso XLIII e LI, e artigo 243, parágrafo único. Na mesma toada caminhou o legislador infraconstitucional ao equiparar o tráfico de drogas à categoria de crime hediondo, submetendo os autores desta espécie de delito às previsões específicas e mais rigorosas preconizadas pela Lei nº 8.072/90.

Assim sendo, a impossibilidade de se aplicar a substituição ao grave crime de tráfico ilícito de entorpecentes, que tanto assola a comunidade, fica evidente com a interpretação sistêmica do ordenamento jurídico nacional, concluindo-se pela vedação como reflexo esperado ao tratamento mais rigoroso dado pela Constituição da República e pela legislação ordinária ao crime de tráfico de drogas.

Desta forma, resulta ilógico substituir penas privativas de liberdade para impor sanções restritivas de direitos a condenados por crimes hediondos, sob pena de se esvaziar o tratamento rígido que a Lei buscou propiciar a fim de concretizar a política criminal voltada a dirimir a traficância de entorpecentes, que, a propósito, envolve sempre outras práticas delitivas execráveis que tanto devastam o país, como a corrupção de agentes públicos, o tráfico de armas, delitos contra a pessoa, contra a vida, contra a fé pública etc.

[...]

Conclui-se, portanto, que o crime continua grave e hediondo, sendo que tal substituição não se mostra suficiente para reprovação e prevenção do crime, portanto, inaplicável sua concessão.

Destarte, devidamente fundamentada a gravidade do crime, a manutenção da pena corpórea em detrimento da substituição por pena restritiva de direitos e a fixação de regime fechado para início de cumprimento de pena eram mesmo medidas de rigor.

Ante o exposto, pelo meu voto, rejeitam-se os embargos infringentes opostos por Alexandre Luís da Silva, mantendo-se, na íntegra, o v. Acórdão impugnado.

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 (**4,7g – quatro gramas e sete decigramas**), 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, confirmam-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, ressaltando, 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 MARANHÃO, 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, 12 de junho de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator