HABEAS CORPUS Nº 515.512 - SP (2019/0168408-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - SP227133
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	MARCELLO CAMILO GENEROSO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **MARCELLO CAMILO GENEROSO,** no qual se aponta, como autoridade coatora, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, à pena de 5 anos de reclusão, no regime inicial fechado, com o pagamento de 500 dias-multa (e-STJ, fls. 18-29).

A defesa impetrou *habeas corpus*, perante o Tribunal de origem, que denegou a ordem, nos termos da seguinte ementa:

> "Tráfico ilícito de drogas - Artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06 - Absolvição por insuficiência de provas - Impossibilidade - Depoimentos dos policiais civis coesos e harmônicos - Conjunto probatório suficiente para lastrear o decreto condenatório - Materialidade e autoria devidamente comprovadas - Redução da pena conforme previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06 - Incabível - Fixação de regime aberto para o cumprimento da pena - Inviável - Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Inatendível - Pena e regime mantidos - Recurso improvido" (e-STJ, fl. 31).

No presente *writ*, aduz a defesa, em suma, que há constrangimento ilegal na hipótese, tendo em vista que o paciente faz jus à aplicação do privilégio previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Acrescenta que "deve ser alterado o regime prisional para o inicial aberto, principalmente porque o fundamento [declinado] pelo TJSP, a fixação do regime inicial fechado, foi a gravidade em abstrato do delito" (e-STJ, fl. 5).

Aduz que o paciente é primário e possui bons antecedentes.

Requer a concessão da ordem, liminarmente, para que sejam suspensos os efeitos do acórdão impugnado, "permitindo que o paciente aguarde em liberdade ou em regime aberto o julgamento deste remédio constitucional" (e-STJ, fl. 8). No mérito, pugna pela redução da pena, fixação do regime aberto e substituição da sanção privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

É o relatório.

Decido.

O Juízo de primeiro grau fixou o regime fechado de cumprimento de pena e manteve a prisão preventiva, negando ao réu o direito de apelar em liberdade, com base nos seguintes fundamentos:

"[...] Procedente a ação penal, passo a dosar a pena.

O réu não possui maus antecedentes. Assim, fixo sua pena-base no mínimo legal, ficando em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa no valor mínimo legal, consignando que as circunstâncias referentes à natureza e variedade das drogas serão analisadas na terceira fase da dosimetria da pena, a fim de evitar-se *bis in idem*.

Na segunda fase de fixação da pena, não há circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem reconhecidas, razão pela qual fica a pena inalterada nesta fase.

Na terceira fase da dosimetria da pena, não há causa de aumento a ser reconhecida, e não se pode reconhecer a causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n° 11.343/06, **diante da natureza e variedade da droga apreendida, a qual indica a maior periculosidade do réu e que se dedica a atividades criminosas, pois tamanha quantidade de drogas não e dada a qualquer indivíduo, não podendo ser considerado como pequeno traficante.**

Considerando as peculiaridades do presente caso e as condições previstas no artigo 59 do Código Penal, cuidando-se de crime de tráfico ilícito de entorpecentes, cujo aspecto altamente nocivo à sociedade em geral ninguém desconhece, por certo que não se afigura socialmente adequada e recomendável à situação a aplicação de penas alternativas ou outros benefícios que, por sinal, implicaria sensação de impunidade c incentivo à prática delituosa, frustrando-se a expectativa social, que exige e espera, em tais condições, efetiva e eficaz resposta à criminalidade cada vez mais crescente, motivos pelos quais fixo o regime inicialmente fechado para cumprimento da pena.

Não estão presentes os requisitos para substituição da pena privativa por liberdade por restritiva de direitos. Também incabível o *sursis*.

Finalmente, não há se cogitar da aplicação imediata do disposto no § 2° do artigo 387 do Código de Processo Penal nesta seara, vale dizer, sem elementos concretos a respeito do seu comportamento no cárcere, a recomendar a prudência e o bom senso que a questão relacionada à detração penal seja analisada por primeiro pelo Juízo das Execuções.

A lei a ser utilizada por ocasião da fixação do regime inicial é o Código Penal e não o Código de Processo Penal. A progressão de regime vem, por sua vez, necessariamente regida pela Lei de Execução Penal que, em razão de sua especialidade, tem preponderância sobre as demais, de natureza diversa. Para que seja efetuada a progressão, imprescindível que sejam analisados os respectivos requisitos pelo Juiz natural da causa, que é o do Juízo das Execuções Penais, e não o prolator da sentença. [...]

Deve-se ressaltar, ainda, que a detração neste momento processual causaria a supressão de instância e violação ao duplo grau de jurisdição.

Diante do exposto e considerando o que mais dos autos consta, JULGO PROCEDENTE a ação penal para CONDENAR o réu MARCELLO CAMILO GENEROSO, qualificado nos autos, às

> **penas de 5 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor mínimo legal, por incurso no artigo 33, caput, da Lei n° 11.343/06.**
> **Nego ao réu o direito de apelar desta em liberdade, considerando-se os malefícios inerentes ao tráfico de drogas ao meio social, estando presentes os requisitos para a prisão preventiva.**
> Recomende-se o réu na prisão em que se encontra" (e-STJ, fls. 18-29, grifou-se).

O Tribunal de origem manteve o regime imposto na sentença, segundo o seguinte entendimento:

> "[...] **Não há que se falar em redução da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, ante a quantidade dos entorpecentes apreendidos, qual seja. 18 (dezoito) 'eppendorfs' contendo crack, com peso líquido de 2,2 gramas, bem como 20 (vinte) filetes de maconha, com peso líquido de 27 gramas.**
> **Conforme entendimento desta Colenda Câmara, o limite para a aplicação do redutor da pena previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 é de 25 gramas de cocaína ou crack, sendo que no caso de duplicidade de substâncias, o total de entorpecentes, mesmo que de natureza diversa, não pode ultrapassar 25 gramas, sendo, portanto, inadequada a aplicação do redutor no caso em tela.**
> **Ora, tamanha quantidade representa um perigo maior à saúde pública, atingindo incontáveis usuários. Além de apresentarem um alto risco à saúde pública com a colocação de tamanha quantidade de entorpecentes na rua.**
> **Ademais, a quantidade e diversidade de drogas apreendidas, bem como a forma como estavam embaladas revelam a dedicação habitual do recorrente à prática do crime de tráfico de drogas, não se tratando de mero traficante eventual, que, por descuido, se envolveu com a traficância momentaneamente, além de representar um perigo maior à saúde pública, atingindo incontáveis usuários.[...]**
> **Nota-se, também, que parte dos entorpecentes encontrados em poder do acusado era crack, substância que se revela ainda mais nociva do que as demais.**
> **Outrossim, impossível a fixação de regime aberto para o cumprimento da pena, vez que imposição de regime diverso do fechado, não atenderia ao principio da suficiência no presente caso.**
> **O próprio artigo 33, em seu parágrafo terceiro determina que na fixação do regime inicial o magistrado deverá observar não só o *quantum* de pena, mas também o disposto no artigo 59 do Código Penal.**
> **Ora, no caso em tela. o apelante não apresenta circunstâncias judiciais favoráveis, diante da quantidade de drogas apreendidas e da gravidade do crime praticado, qual seja, o tráfico de entorpecentes, delito inclusive equiparado a hediondo. Ainda, tais circunstâncias exigem maior rigor por parte do Estado.**
> Assim, a determinação do regime inicial como diverso daquele previsto

> no artigo 33, § 2º do Código Penal, e faculdade do juiz, que pode dosar a qualidade da pena.[...]
> Sendo que tal regime corresponde perfeitamente à eficiente medida politico-criminal, que busca harmonizar a legislação pátria aos Tratados de Direito Internacionais que tangem ao combate a narcotraficância, dos quais o pais é signatário.
> Deve-se considerar ainda o alto índice de drogas produzidas no país e a nossa avantajada localização geográfica, que facilita a criação de rotas para a entrada e saída de entorpecentes, que abastecem o tráfico internacional.
> Note-se também que o crime de tráfico se tornou um mal presente na sociedade atual, gerando tremenda insegurança na população.
> **Além disso, é certo que a traficância ilícita fomenta a prática de outros delitos, o que faz com que a conduta do réu mereça maior reprovabilidade por parte do Estado.**
> **Fica patente, portanto, que o regime fechado é o único que se mostra apto para atingir a função preventiva da pena, de inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3°, do Código Penal.** [...]
> **Por derradeiro, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois apesar da Resolução n° 5 editada pelo Senado Federal, através da qual ficou suspensa a expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" presente no § 4º do art. 33 da Lei n° 11.343/06, a mesma não seria possível diante das circunstâncias do caso concreto, pois não se mostra medida suficiente e adequada.**
> Os efeitos nocivos do crime de tráfico de drogas, que acarretam profundas feridas na sociedade atual, revelam a postura indiferente adotada pelo agente com relação à saúde pública, o bem estar social, e as nefastas conseqüências de seus atos. Tal delito vai de encontro com o requisito previsto pelo inciso III, do artigo 44, do Código Penal, qual seja, 'os motivos e circunstâncias do crime indicarem que essa substituição seja suficiente'.
> **Assim, embora o crime tenha sido praticado sem violência ou grave ameaça, por serem os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal cumulativos, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não é cabível na espécie, uma vez que seria insuficiente à prevenção e repressão do ilícito penal.** [...] (e-STJ, fls. 30-44, grifou-se).

A obrigatoriedade do cumprimento da pena em regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo STF, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais

circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Com efeito, a teor da Súmula 440 do 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". No mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do STF estabelecem que o regime mais gravoso exige fundamento idôneo, não constituindo motivo idôneo a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito, *in verbis:*

> "Súmula 718 do 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 do STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

No caso, segundo se observa, a imposição do regime inicial fechado tem como fundamento a natureza hedionda e a gravidade abstrata do delito, o que não é admissível segundo reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça (HC 382.300/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/2/2017, DJe 14/3/2017).

Desse modo, tendo sido fixada a pena definitiva em 5 anos de reclusão, verificada a primariedade do réu e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o paciente deve iniciar o cumprimento da pena reclusiva em **regime semiaberto.**

Nesse sentido:

> *"HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. REDUTORA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. ATIVIDADE CRIMINOSA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.
> REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE EM ABSTRATO. ILEGALIDADE CONFIGURADA. ABRANDAMENTO NECESSÁRIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
> ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> [...]
> II - In casu, o eg. Tribunal de origem, mantendo a r. sentença condenatória, entendeu estarem presentes provas suficientes da materialidade e da autoria delitiva do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06, o que afasta o pedido de improcedência da acusação, com base na tese de que a condenação teria sido baseada apenas nos depoimentos dos policiais.
> Rever este entendimento para cassar o v. acórdão impugnado e absolver o paciente demandaria, necessariamente, amplo revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do habeas corpus.
> III - Pela mesma razão, inviável a revisão da conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias, para reformar a r. sentença condenatória no que tange ao pleito da fixação da causa especial de

> redução de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, já que concluíram que o paciente se dedicava a atividades criminosas não somente dos depoimentos colhidos durante a instrução processual, mas também da análise das circunstâncias que cercaram a prática delitiva.
> IV - **O deferimento do regime semiaberto se dá desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea b, e § 3º, do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito), bem como a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. No caso, constata-se que a pena-base foi fixada no mínimo legal, pois consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais, o paciente é primário e a pena definitiva não excede oito anos. Assim, não tendo sido apresentada qualquer razão concreta para o agravamento do regime, conclui-se que faz jus o paciente ao regime semiaberto para início de cumprimento de pena.**
> **Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para, confirmando a liminar deferida anteriormente, fixar o regime semiaberto para o início do resgate da reprimenda.**
> (HC 403.415/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2017, DJe 21/09/2017, grifou-se).

Diante do exposto, **concedo** a liminar, com o fim de permitir que o paciente aguarde o julgamento do mérito desta impetração em **regime prisional semiaberto**, salvo se, por outro motivo, ele estiver descontando reprimenda em meio prisional mais severo.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao Juízo da 1ª Vara Criminal do Foro de São Vicente/SP, solicitando-lhes que prestem as informações necessárias, bem como a senha de acesso para a consulta processual, se houver, a serem prestadas preferencialmente por meio de malote digital.

Posteriormente, encaminhem-se aos autos ao Ministério Público Federal para parecer.

Cumpridas as diligências acima referenciadas, tornem-me conclusos.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 14 de junho de 2019.

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator