HABEAS CORPUS Nº 511.360 - SP (2019/0144275-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO PEDRO NAVES MAGALHAES - SP305727
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	REYSLLEN PANTALEAO DOS SANTOS (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **REYSLLEN PANTALEAO DOS SANTOS**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que a paciente foi condenada à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime inicial aberto, e ao pagamento de 166 dias-multa, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, pelo prazo da pena substituída, e em prestação pecuniária em favor da entidade com destinação social, no valor equivalente a três salários mínimos nacionais, por infração ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ, fls. 184-190).

Interposta apelação pelo Órgão Ministerial, o Tribunal de origem deu "PARCIAL PROVIMENTO ao recurso interposto defensivamente, apenas para reconhecer a incidência da atenuante da menoridade relativa, e deu PARCIAL PROVIMENTO ao apelo ministerial para, majorar a pena-base, sem qualquer repercussão na reprimenda final, redimensionar o regime prisional para o inicialmente fechado e cassar a substituição da privativa de liberdade pelas restritivas de direitos, mantida, no mais, a respeitável sentença apelada, por seus próprios e jurídicos fundamentos, ficando determinada, outrossim, a expedição *incontinenti* do competente mandado de prisão para cumprimento da condenação à pena privativa de liberdade" (e-STJ, fl. 276).

Eis a ementa:

> "Tráfico ilícito de entorpecentes – Recursos defensivo e ministerial – Conjunto probatório suficiente para o reconhecimento da prática delitiva – Absolvição ou Desclassificação – Impossibilidade – Pena-base majorada, a teor do disposto no artigo 42, da Lei nº 11.343/06, reconhecimento da atenuante da menoridade relativa e manutenção do redutor especial, por não se comprovar dedicação à atividade criminosa – Montante punitivo inalterado e regime prisional redimensionado – Substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos – Inviabilidade – Sentença reformada nessa extensão – Recurso defensivo e apelo ministerial parcialmente providos" (e-STJ, fl. 277).

Alega o impetrante a existência de constrangimento ilegal em desfavor da paciente, sob o argumento de que a pena-base foi aumentada em 1/6 tão-somente em razão de terem sido apreendidos 14 porções de crack (2,2g).

Aduz que "nos termos do art. 33 §§ 2º e 3º o regime fechado seria absolutamente inadequado diante da primariedade da paciente e a reduzidíssima quantidade de droga apreendida. Isso porque, sendo a pena inferior a quatro anos, o regime legalmente previsto seria o aberto como foi fixado em primeira instância, não havendo nenhum fundamento para justificar o regime fechado." (e-STJ, fl. 11)

Assevera que a paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja mantida a pena fixada na sentença condenatória, estabelecido o regime inicial aberto e substituída a pena corporal por pena restritiva de direitos.

A liminar foi deferida (e-STJ, fls. 316-320).

Foram prestadas informações (e-STJ, fls. 327-352).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus*, mas pela concessão da ordem, de ofício, para que seja fixado o regime inicial aberto de cumprimento de pena e concedida a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. (e-STJ, fls. 354-360).

É o relatório.

Decido.

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Passo ao exame das alegações da defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem de ofício.

O acórdão recorrido encontra-se fundamentado nos seguintes termos:

> "A acusação é a de que a denunciada trazia consigo, para fins de tráfico, **14 porções de crack (2,02 gramas)**, substância entorpecente capaz de causar dependência física e psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.
> Segundo a inicial, a ré estava em local conhecido pelo tráfico, sendo abordada por policial. Submetida a revista pessoal, a agente logrou encontrar, dentro de seu sutiã 14 pedras de crack e a quantia de R$ 59,95, em dinheiro. Na oportunidade, a sentenciada admitiu, informalmente, que realizava comercialização no local, vendendo cada pedra por R$ 5,00.
> [...]
> Passa-se, pois, à análise da reprimenda.
> A pena-base partiu do mínimo legal e, na última etapa da dosimetria, a ré foi beneficiada com a aplicação do redutor especial, em seu patamar máximo, chegando à pena total de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.
> Contudo, a teor da autorizável do artigo 42, da Lei nº 11.343/06, impõe-se a exasperação da basilar em 1/6, tendo em conta especialmente a natureza do entorpecente apreendido em poder da ré (pedras de crack), substância altamente tóxica, cuja dependência tem efeito arrasador, merecendo, portanto, maior reprovabilidade.
> Na etapa intermediária, de rigor o reconhecimento da atenuante da

menoridade relativa, circunstância que reconduzirá a pena ao piso mínimo.

De outro giro, em que pese o inconformismo ministerial, não prospera o pleito de afastamento da benesse legal estabelecida no §4º, do artigo 33, da Lei Antidrogas, calcado na quantidade dos entorpecentes (que não se revela excessiva: total de 14 pedras de crack, pouco mais de 02 gramas), tampouco com fundamento na tese de que a ré estava envolvida com a criminalidade organizada, porquanto não foi produzida qualquer prova de que se ocupava do crime como forma de subsistência ou de forma habitual, até porque não existiam denúncias envolvendo sua pessoa, mas apenas o local dos fatos. De outro tanto, não foi encontrada quantia monetária suficiente a demonstrar a traficância perene, sendo certo que a ré foi absolvida com relação à outra acusação por tráfico ilícito de drogas (cf. acesso direto pelo sistema informatizado, processo nº 0000734-85.2018.8.26.0594).

Saliente-se que o fato de ter praticado o crime de tráfico de drogas não autoriza, por si só, o reconhecimento de que a sentenciada se dedique a atividades delituosas, tampouco é justificada pela situação de eventualmente estar desempregada ou, ainda, de não ter comprovado o exercício de atividade lícita, máxime se as circunstâncias concretamente reunidas (acima listadas) não remetem a tal conclusão.

Enfim, as elementares do crime de tráfico de droga não podem ser empregadas isoladamente para inviabilizar a outorga da redução privilegiadora.

[...]

Nessa quadra, considerando o preenchimento dos requisitos objetivos previstos na lei especial e, não se vislumbrando circunstâncias próprias do caso concreto que impeçam a incidência do benefício, mantém-se a redução, tal como operada monocraticamente.

Desse modo, a pena total e definitiva resulta em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa mínimos.

Não obstante, **razão assiste ao apelo ministerial, pois o regime inicial deve ser o inicialmente fechado, porque mais adequado à espécie, aqui individualizado como necessário e suficiente, seja por fundamento na Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, seja pelo desfavorecimento das circunstâncias e consequências fáticas concretamente recolhidas dos autos, na forma dos artigos 33 e 59, ambos do Código Penal, e 42, da Lei nº 11.343/06, especialmente, mas não tão só pela natureza desfavorável da substância entorpecente (crack), capaz de atingir de forma devastadora o bem jurídico tutelado, aqui minudentemente aferidas.**

De igual modo, inviável a conversão da privativa de liberdade em restritivas de direitos ou a outorga de *sursis*, não só porque reservadas aos delitos de menor potencial ofensivo, *lato senso* (vide a Exposição de Motivos do então Projeto de Lei nº 689, de 18 de dezembro de 1996), mas, sobretudo, diante da apreensão de drogas de natureza extremamente destrutiva e nociva à saúde pública.

Nada obstante decisão do Excelso Supremo Tribunal Federal,

reconhecendo incidentalmente a inconstitucionalidade parcial das vedações contidas nos artigos 33, § 4º, e 44, ambos da Lei nº 11.343/06 (HC nº 97.256/RS, DJe 15.12.2010), e a Resolução nº 05/2012, do Senado Federal (publicada no D.O.U. de 16.02.2012) que suspendeu a eficácia da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º, do artigo 33, da referida lei , há de se ressaltar que a natureza e a gravidade do delito de tráfico de entorpecentes aqui analisado impedem a aplicação das penas alternativas.

Ademais, além da total incompatibilidade com o regime prisional obrigatório (inicial fechado), conforme o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, não estão preenchidos os requisitos cumulativos do artigo 44, do Código Penal, pois, ainda que se considerem presentes os exigidos nos incisos I e II, o inciso III não se implementa na hipótese concreta, na medida em que os motivos e as circunstâncias dos crimes (lucro fácil em detrimento da essência e condição humana), aliados às consequências (fator de séria desestabilização familiar e social), deixam franqueada a insuficiência da substituição punitiva.

Enfim, **não é razoável que se trate com tamanha benevolência aqueles que por cupidez ou outra razão de igual vileza resolvem ganhar a vida desgraçando a dos outros, de modo que, diante das funestas consequências da disseminação das drogas, a resposta penal deve ser minimamente representativa.**

Por conseguinte, exaurida a instância ordinária, sendo incontroverso que os recursos especial e extraordinário não são dotados de efeito suspensivo – a não impedir a eficácia da decisão condenatória (artigo 995, caput, do Novo Código de Processo Civil) –, tampouco se prestam a discutir fatos e provas (propiciando apenas apreciação de matéria exclusivamente de direito), e tendo em conta que restou superado o entendimento do Excelso Supremo Tribunal Federal emanado do HC nº 84.078/MG, pelo recente julgamento do HC nº 126.292/SP (Tribunal Pleno, DJ 17.02.2016), reafirmado em sede do julgamento da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 964.246/SP e nas decisões que indeferiram as medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nos 43 e 44 (Plenário, DJ 05.10.2016), não há óbice para a execução provisória da pena confirmada nesta sede, de modo que pode ser de pronto iniciada.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso interposto defensivamente, apenas para reconhecer a incidência da atenuante da menoridade relativa, e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao apelo ministerial para, majorar a pena-base, sem qualquer repercussão na reprimenda final, redimensionar o regime prisional para o inicialmente fechado e cassar a substituição da privativa de liberdade pelas restritivas de direitos, mantida, no mais, a respeitável sentença apelada, por seus próprios e jurídicos fundamentos, ficando determinada, outrossim, a expedição incontinenti do competente mandado de prisão para cumprimento da condenação à pena privativa de liberdade, confirmada neste Segundo Grau.

[...]" (e-STJ, fls. 273-289 – Grifou-se.)

A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados na lei, sendo, contudo, permitido ao julgador atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, às Cortes Superiores é possível, apenas, **o controle da legalidade e da constitucionalidade na dosimetria**.

Adotado o sistema trifásico pelo legislador pátrio, na primeira etapa do cálculo, a pena-base será fixada conforme a análise das circunstâncias do art. 59 do Código Penal. Tratando-se de condenado por delitos previstos na Lei de Drogas, o art. 42 da referida norma estabelece a preponderância dos vetores referentes a quantidade e a natureza da droga, assim como a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais elencadas no art. 59 do Código Penal.

Na hipótese, a instância ordinária, atenta às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a **natureza** do entorpecente apreendido (crack) para elevar a pena-base em 10 meses acima do mínimo legal.

Tendo sido apresentado elemento idôneo para a majoração da reprimenda básica, **elencado inclusive como circunstância preponderante**, e levando-se em conta as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito de tráfico de drogas (5 a 15 anos), não se mostra desarrazoado o aumento operado pela instância ordinária, a autorizar a intervenção excepcional desta Corte.

Confiram-se alguns julgados que respaldam esse entendimento:

> "[...] 2. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006. No caso dos autos, a pena-base do paciente se afastou do mínimo com lastro na natureza da droga (*crack*), o que encontra amparo na jurisprudência desta Corte.
> [...]
> 8. *Habeas corpus* não conhecido. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para redimensionar a pena e fixar o regime semiaberto".
> (HC 471.413/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe 26/10/2018)
>
> "5. De acordo com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.
> 6. Hipótese em que as instâncias antecedentes, atentas às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, consideraram a natureza da droga apreendida (cocaína) para fixar a pena-base acima do mínimo legalmente previsto.
> [...]
> 11. *Habeas corpus* não conhecido.
> (HC 461.769/MS, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em

13/12/2018, DJe 19/12/2018).

Por outro lado, no caso, cumpre anotar que, a obrigatoriedade do cumprimento inicial em regime 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 Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

Na definição 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 pelo crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com a preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

In casu, embora não se desconheça que a valoração desfavorável de circunstância judicial (natureza da droga), a princípio, recomendaria a imposição do modo semiaberto, **a excepcionalidade do caso em apreço -** especificamente dada a ínfima quantidade de droga apreendida (**2,02g de crack**) e a aferição negativa de apenas uma vertente do art. 59 do CP - autoriza a definição do regime aberto para o cumprimento da pena reclusiva, conforme os seguintes precedentes desta Corte: HC 403.207/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 20/09/2017; AgRg no REsp 1.604.434/RN, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 01/08/2017 e HC 254.506/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/11/2012, DJe 27/11/2012.

Pelas mesmas razões acima alinhavadas, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução, valendo-se anotar que esta Corte e o Supremo Tribunal Federal entendem que não existe óbice na Lei de Drogas para a concessão do citado benefício, quando preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal.

Cito, a propósito:

> "[...]
> 3. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação 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. Com base no julgamento do HC 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.
> 5. Hipótese em que a sentença, mantida pelo acórdão que julgou a apelação, referiu-se apenas à gravidade abstrata do tráfico de drogas para fixar o regime inicial fechado e negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

> 6. O *quantum* da condenação (1 ano e 8 meses), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem à paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea "c", do CP, além da substituição por restritiva de direitos.
> 7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais."
> (HC 377.765/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 6/6/2017, DJe 13/6/2017).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus.* Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para estabelecer o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 14 de junho de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator