HABEAS CORPUS Nº 512.281 - SP (2019/0151026-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		JOYCE SANTOS DE OLIVEIRA PALMA RESENDE - SP275703
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	HIGOR RAFAEL DOMINGOS DA SILVA

DECISÃO

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de HIGOR RAFAEL DOMINGOS DA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0014705-41.2016.8.26.0196.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas privilegiado), às penas de 1 ano e 8 meses de reclusão em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 166 dias-multa.

Irresignada, a defesa e a acusação interpuseram apelação perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao recurso defensivo e deu parcial provimento ao apelo do *Parquet*, para fixar o regime fechado, em acórdão que restou assim ementado (fls. 31/32).

No presente *mandamus*, a defesa sustenta que o regime foi fixado com base na gravidade abstrata do delito. Aponta violação das Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF. Aduz que as circunstâncias judiciais foram favoráveis e a quantidade da pena é inferior a 4 anos. Assevera que o paciente preenche os requisitos do art. 44 do CP para a substituição da pena.

Requer, assim, em liminar e no mérito, a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 62/64). As informações foram prestadas pelas instâncias ordinárias (fls. 69/72 e 73/95).

O Ministério Público Federal opinou pela *"concessão da ordem para que seja fixado o regime inicial aberto de cumprimento da pena e para que seja substituída a*

pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem definidas pelo juízo da execução" (fls. 98/99).

É o relatório.

Decido.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

No caso dos autos, a impetrante busca a fixação de regime mais brando para o cumprimento inicial da pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O paciente foi preso em flagrante trazendo consigo 51 pedras de *crack* pesando 10,705g, além de uma porção de maconha 0,573g (fls. 21).

Diante disso, o Juízo de primeiro grau condenou o paciente por tráfico de drogas privilegiado à pena de 1 ano e 8 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 166 dias-multa, nos seguintes termos:

> *Atendendo às circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, fixo-lhe a pena base no mínimo legal.*
>
> *Na segunda fase, não há atenuantes e agravantes.*
>
> *Cabível o privilégio do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, eis que o réu é tecnicamente primário e não restou comprovado que integre organização criminosa, motivo pelo qual diminuo a pena em dois terços.*
>
> ***Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva, a fim de condenar HIGOR RAFAEL DOMINGOS DA SILVA, qualificado nos autos, como incurso nas penas do art. 33, caput da Lei 11.343/06, ao cumprimento 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, fixados no mínimo legal.***
>
> ***A pena será cumprida inicialmente em regime semiaberto, considerando a quantidade de pena aplicada.***
>
> *Além disso, não remanescem os pressupostos da prisão preventiva, mesmo tendo o acusado aguardado julgamento em cárcere, motivo pelo qual poderá oferecer eventual recurso em liberdade.*
>
> *Expeça-se alvará de soltura.*
>
> *Incabível, outrossim, devido aos efeitos sociais dantescos da prática da traficância, o sursis e a substituição da pena corporal por*

pena restritiva de direito (fls. 27/28).

O Tribunal de Justiça *a quo*, por sua vez, negou provimento ao apelo da defesa e deu provimento parcial ao recurso ministerial, para estabelecer o regime inicial fechado. Transcrevo, no ponto, o seguinte fragmento do acórdão, *verbis*:

> *Passo à análise da reprimenda imposta, que não comporta alteração.*
>
> *A pena-base foi fixada no mínimo legal, qual seja, 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, reputadas favoráveis as circunstâncias judiciais. Não é caso de majoração da base, como requerido pela Acusação, na medida em que a quantidade de entorpecentes apreendidos (10,705g de cocaína na forma de crack e 0,573g de maconha) não se mostra tão excessiva em face do quanto já reprimido pelo tipo penal em si. Tais quantidades, juntamente com a forma de acondicionamento e as circunstâncias em que foi pilhado em flagrante o réu, caracterizam o crime de tráfico, mas não apontam conduta de reprovabilidade relevante em relação a delitos análogos, a ponto de justificar a exasperação da pena-base, que fica mantida no mínimo legal.*
>
> *Na segunda fase da dosimetria, de fato, não há agravantes ou atenuantes a serem reconhecidas.*
>
> *Na terceira fase da dosagem, correta a incidência do redutor penal do artigo 33, §4-, da Lei 11.343/06, no máximo legal. Observa-se que, além de preenchidos os requisitos legais do dispositivo legal que prevê a redução (primariedade e bons antecedentes, mais ausência de evidência de que integre organização criminal ou dedique-se a atividades criminosas), o estabelecimento do patamar de diminuição deve obedecer ao comando normativo extraído do artigo 42 da Lei 11.343/06, que orienta o julgador a, na fixação das penas (ou seja, em toda a extensão da definição das reprimendas aplicáveis), considerar preponderantemente sobre as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal a natureza e a quantidade da substância ou produto, bem como a personalidade e conduta social do agente.*
>
> *No caso, as circunstâncias da conduta criminosa (apreensão de 10,705 g de cocaína na forma de crack e 0,573g de maconha) evidenciam a possibilidade de tratar-se o acusado do "traficante de primeira viagem" ou "pequeno traficante", visado pelo § 4Q do artigo 33 da Lei Nº 11.343/06. isto é, aquele que comercializa drogas eventualmente, apenas para sustento do próprio vício ou subsistência básica, inexistindo prova segura de que se dedique a atividades criminosas ou pertença a organização criminosa, tanto mais por se tratar de acusado primário e que não ostenta maus antecedentes (fls. 78/79).*
>
> *Portanto, a reprimenda fica mantida no montante em que estabelecida monocraticamente: 1 ano e 8 meses de reclusão, com 166*

dias-multa mínimos.

O regime inicial de cumprimento de pena deve ser alterado para o fechado, como requerido pela Acusação.

Inicialmente, cabe trazer à baila o quanto estabelecido no artigo 2-, § 1-, da Lei 8.072/90 (com a redação trazida pela Lei 11.464/07), que determinou o fechado como o regime inicial de cumprimento de pena nas condenações por tráfico ilícito de entorpecentes.

Não se ignora a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 111.840/ES, em que declarou a inconstitucionalidade de referido dispositivo; contudo, tal decisão, tomada incidenter tantum, tem eficácia vinculante apenas entre as partes, sem que, por qualquer dos meios legais disponíveis, tenha a ela sido dado efeito erga omnes, em que, diferentemente, se lhe daria incidência automática em todos os demais processos em que discutida tal questão.

Mas ainda que se admita o efeito erga omnes, há que se dar a tal julgamento sua real dimensão.

0 aludido Habeas Corpus (111.840/ES) afastou a constitucionalidade da norma que impunha ao juiz a OBRIGATORIEDADE de imposição do regime fechado ao delito em testilha. A tal se limitou, com a observação de que deve o juiz adotar as regras da individualização da pena e aplicação, inclusive, do disposto no artigo 33 e parágrafo 3º do Código Penal. Em outras palavras, tal julgado NÃO VEDOU a aplicação de regime mais rigoroso, se as circunstâncias do caso concreto assim recomendarem, impondo-se, segundo tal julgamento, também neste delito, que o juiz aplique o regime inicial mais adequado ao caso concreto, segundo as regras gerais da individualização da pena. *(...)*

In caso, a devida reprovabilidade para a atuação do réu, concretamente aferida dos elementos dos autos, não permite o abrandamento do regime prisional. Veja-se que a as circunstâncias da apreensão do entorpecente e a conduta reprimida (evidenciada, sobretudo, pela variedade e natureza das substâncias comercializadas, em especial a cocaína na forma de crack, considerada a gravidade dos efeitos de seu consumo e o seu alto poder viciante, além dos R$ 107,00 em espécie, a indicar a ampla gama de usuários atingidos pela atuação criminosa) demonstram a intensidade da violação do bem jurídico protegido, e evidenciam a necessidade da adequada resposta penal, até por colocar em risco toda a população, evidenciando periculosidade concreta a justificar, ao menos de início, o regime de cumprimento mais rigoroso (fls. 43/47).

Inicialmente, cumpre salientar que esta Corte Superior, por ocasião do julgamento da Pet n. 11.796/DF, de relatoria da em. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, afetado ao rito dos recursos repetitivos, consignou o entendimento de que o

tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, com o consequente cancelamento do Enunciado n. 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça (Pet 11.796/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 29/11/2016).

Sedimentou-se também, nesta Corte Superior, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º do Código Penal em conjunto com o art. 42, da Lei n. 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

In casu, em razão de as circunstâncias judiciais serem favoráveis (art. 59 do Código Penal – CP), a pena-base ter sido reduzida ao mínimo legal, tendo sido reduzida inclusive com o patamar máximo do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, a pena aplicada ser inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, alínea "c", do CP) e a quantidade de droga apreendida não ter sido expressiva, o regime a ser imposto deve ser o **aberto**, de acordo com o disposto no art. 33, 33, §§ 2º, *c*, e 3º, do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

A propósito:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO MINISTERIAL DE QUE AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO IMPEDIRIAM A FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO.* ***PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE E QUANTUM DE PENA ESTABELECIDO INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. REGIME ABERTO.*** *AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> ***I - Na hipótese, consideradas favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, sendo primário o recorrente e o quantum de pena estabelecido não excede 4 (quatro) anos, não há razão para que não se conceda ao recorrente o regime aberto para início de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal.***
>
> *II - Ademais, não é idônea a utilização da quantidade de droga exclusivamente no momento de fixação do regime prisional, sem que tal circunstância tenha sido utilizada na primeira ou na terceira fases da dosimetria da pena Agravo regimental desprovido* (AgRg no RHC 62.627/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 15/04/2016).

> *CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ROUBO. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME SEMIABERTO.* ***PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. SÚMULA 440/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.***
>
> *1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido 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.*
>
> *2. Os fundamentos genéricos utilizados na sentença não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), contrariando a Súmula 440 deste Superior Tribunal.*
>
> ***3. Hipótese na qual o réu é primário e a pena-base corresponde ao mínimo legal, porquanto favoráveis as circunstâncias judiciais, sendo a pena definitiva inferior a 4 (quatro) de reclusão. A teor do art. 33, §§ 2º, alínea "c", e 3º, c/c o art. 59, ambos do CP, não se afigura idônea a justificativa apresentada para afastar a aplicação ao caso concreto do regime aberto para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade.***
>
> *4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de estabelecer o regime prisional aberto para o desconto da sanção corporal imposta ao paciente, salvo se por outro motivo estiver descontando pena em regime mais severo* (HC 343.034/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 10/03/2016).

Outrossim, quanto à substituição da pena por restritiva de direitos, registro que, no julgamento do HC n. 97.256/RS da Suprema Corte, foi reconhecida a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012, passando a admitir o referido benefício, nos termos do art. 44 do CP.

Destarte, observo que o paciente preenche os requisitos previstos no referido dispositivo, na medida em que a pena é inferior a 4 anos, é primário e as circunstâncias judiciais foram todas favoráveis, além da quantidade de droga apreendida não ter sido expressiva. Assim, o acórdão impugnado merece reparo também quanto a esse ponto, porquanto cabível a substituição da sanção privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Execução. Nesse sentido:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS.*

DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. REEXAME DE FATOS. VIA INADEQUADA. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE DA DROGA. APLICABILIDADE DO ÍNDICE EM MENOR EXTENSÃO. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...).

4. Hipótese em que, à míngua de outros elementos probatórios que denotem que o paciente se dedique ao tráfico ou que integre organização criminosa, e considerando a sua primariedade e seus bons antecedentes, a quantidade da droga apreendida (300g de maconha) não se mostra suficiente para, por si só, impedir a concessão de benefício, cabendo, assim, a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração 1/2, atento aos vetores do art. 42 da referida Lei.

*5. **Estabelecida a reprimenda final em 2 anos e 6 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime inicial aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.***

*6. **Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.***

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/2, ficando a pena final em 2 anos e 6 meses de reclusão, mais pagamento de 250 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução (HC 433.010/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 25/4/2018).

Por tais razões, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, permitida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito a serem especificadas pelo Juízo da Execução.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 17 de junho de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator