HABEAS CORPUS Nº 516.545 - SP (2019/0177043-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		PAULA BARBOSA CARDOSO - SP241325
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	VERONICA TRAVALON PEREIRA (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS (109 G DE "COCAÍNA" E 14 MG DE "MACONHA"). SENTENÇA. REGIME INICIAL. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. SENTENCIADA PRIMÁRIA. REPRIMENDA DEFINITIVA FIXADA EM PATAMAR INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL ABERTO QUE SE IMPÕE (ART. 33, §§ 2º E 3º, C/C 59 DO CP). SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FUNDAMENTAÇÃO PARA A NEGATIVA. INEXISTÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.
Ordem concedida, inclusive liminarmente.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de **Veronica Travalon Pereira** – condenada como incursa no crime de tráfico de drogas (109 g de "cocaína" e 14 mg de "maconha"), às penas de 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 166 dias-multa –, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou provimento à apelação defensiva, mantendo a condenação imposta pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Santos/SP (Ação Penal n. 0019617-21.2014.8.26.0562).

Alega a impetrante, em síntese, constrangimento ilegal na fixação do regime semiaberto de cumprimento da pena e na não substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, sem fundamentação idônea para tanto.

Postula, então, a concessão liminar da ordem, nos termos apresentados.

É o relatório.

A presente ordem merece concessão, inclusive liminarmente.

O magistrado singular assim justificou a escolha do regime inicial e a não substituição da pena (fls. 17/18):

> [...]
> Passo, pois, a dosimetria das penas.
> Atento aos critérios estampados no artigo 59 do Código Penal, anoto que a ré é primária e não ostenta antecedentes criminais, razão pela qual fixo sua pena base no mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.
> Não existem circunstâncias agravantes ou atenuantes capazes de alterar a pena nessa fase da dosimetria.
> Por ser primária e por não existirem provas de que a ré se dedique à atividade criminosa ou integre organização criminosa, ainda que tenha assumido que trabalha para um traficante, não basta para esse fim a mera presunção de que ninguém comercializaria entorpecentes de forma autônoma, aplico a causa de diminuição de pena disposta artigo 33, parágrafo 4º da Lei 11.343/06, diminuindo a pena em 2/3 (dois terços): 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.
> À míngua de outras causas modificadoras, torno as penas definitivas nesse patamar.
> O tráfico de drogas sinaliza, a um só tempo, a intensidade do dolo, o vulto do risco a que se viu exposta a coletividade e as nefastas consequências sociais da conduta. Para combater o traficante, há necessidade de isolá-lo do convívio social. Somente encarcerando-o é que se consegue esse objetivo. Se solto não cessará a delinquência. Não custa lembrar que a ré não experimentou muito tempo de cárcere, eis que logo depois de sua prisão foi colocada em liberdade, o que poderia dar a ela a falsa ideia de que seu flerte com o tráfico de drogas pode não ensejar graves consequências. Todavia, não posso deixar de considerar que pelo depoimento do miliciano ouvido, pela primariedade da acusada e pelas poucas verdades que se tirou do interrogatório a acusada era de fato usuária de drogas, estava debilitada no momento da prisão e indicava estar afundada no uso do entorpecente. Era a usuária que vendia droga para manter seu gosto ilícito. Não tinha ânimo para o trabalho, mas ficava todo o dia vendendo a droga, fazendo desse seu meio de vida. Ao contrário disso, hoje em dia aparenta ter se distanciado de tal ambiente, parece querer voltar à sociedade e está atrás de trabalho lícito e estudo. Tudo isso é mera expectativa, que não sentimentaliza o Juízo e que não pode justificar a brandura do regime aberto e muito menos a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.
> Porém, o regime SEMIABERTO é o meio termo que permitirá à acusada pagar seu débito com a sociedade, sendo punida por crime tão grave, mas suplantará a rigidez do regime Fechado, dado o caminho que ela mesma pareceu trilhar pelas próprias pernas depois de sua libertação, buscando atividades lícitas. Tal regime também permitirá que estude, como quer. Esse mesmo regime permitirá que ela trabalhe fora da cadeia durante o dia e aos poucos vá ganhando as ruas e a vida ordeira. O que não se concebe é ganhar as ruas sem qualquer reprimenda mais grave, dada a igual gravidade do crime que cometeu. Eis porque, na hipótese dos autos, excepcionalissimamente impõe-se a fixação de regime inicial SEMIABERTO.
> [...]

O Tribunal de origem, por sua vez, consignou que (fl. 31):

> [...]
> Por fim, a própria determinação legal de que o início do cumprimento da reprimenda se dê em regime fechado (artigo 2º, § 1º. da Lei no. 8.072/90), por si só, denota a absoluta incompatibilidade dos crimes hediondos e equiparados com as penas alternativas.
> Regime fechado, como é óbvio, pressupõe pena privativa de liberdade. E se o regime mais gravoso é impositivo nesses casos, seria incoerente afirmar que estão presentes os requisitos da substituição.
> De qualquer forma, as circunstâncias concretas do fato em tela, de si, bastam a inviabilizar a imposição de regime menos severo e a substituição da pena privativa de liberdade: trata-se de tráfico de droga altamente perniciosa (cocaína), praticado em via pública, em plena luz do dia.
> [...]

Ocorre que a Sexta Turma deste Superior Tribunal tem entendido que a fixação da pena-base no mínimo legal, aliada à primariedade do réu, impõem a fixação do regime inicial correspondente à reprimenda imposta, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, c/c 59 do Código Penal.

A propósito:

> AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES QUE NÃO É EXACERBADA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, DO CÓDIGO PENAL E NAS SÚMULAS N.os 440 DESTA CORTE E 718 E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REGIME INICIAL SEMIABERTO. CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
> **1. Consoante reiterada jurisprudência desta Corte Superior, deve-se utilizar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal, bem como o entendimento firmado na Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça e nas Súmulas n.os 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.**
> **2. Considerando a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a primariedade do Réu, a fixação da pena em 5 (cinco) anos de reclusão e a quantidade e a variedade das drogas apreendidas, cabível estabelecer como regime prisional inicial o semiaberto.**
> 3. Agravo regimental desprovido.
> (AgRg no HC 496.112/SP, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 3/6/2019 - grifo nosso)

Em relação à não substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, verifica-se que o Juízo de primeiro grau nada consignou a respeito e o Tribunal *a quo* não apresentou argumentos concretos e idôneos para justificar a vedação, existindo também, neste ponto, o alegado constrangimento.

Em face do exposto, **concedo** a ordem impetrada, inclusive liminarmente, para fixar o regime inicial aberto de cumprimento da pena à condenação imposta à paciente na Ação Penal n. 0019617-21.2014.8.26.0562, da 2ª Vara Criminal da comarca de Santos/SP, bem como determinar a substituição da privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem indicadas e implementadas pelo Juízo da Execução.

Comunique-se com urgência.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 18 de junho de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator