

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 536.766 - SP (2019/0294691-4)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
KARINA SANTOS SALVADOR - SP290900
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PEDRO RICARDO BARBOSA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de PEDRO RICARDO BARBOSA no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0004483-84.2018.8.26.0635).

Segundo os autos, o paciente foi condenado pelo Juízo de Direito da 10ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo às penas de 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, por infração ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, e de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa por infração ao art. 333, *caput*, do Código Penal (e-STJ fls. 22/27). Nessa oportunidade, foi estabelecido como regime prisional inicial o fechado, além de ter sido indeferida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Irresignada, a defesa interpôs o recurso de apelação no Tribunal *a quo*, "*requerendo absolvição e, subsidiariamente, redução pelo tráfico privilegiado, fixação de regime inicial aberto para cumprimento de pena, com substituição desta por restritivas de direitos*" (e-STJ fl. 4).

Contudo, a Corte estadual negou provimento ao referido apelo nos termos do acórdão assim ementado (e-STJ fl. 40):

Apelação da Defesa - Tráfico de drogas e Corrupção ativa - Materialidade e autoria dos delitos comprovadas - Confissão quanto ao crime de tráfico de entorpecentes e negativa quanto ao crime de corrupção ativa - Provas suficientes à condenação do acusado por ambos os delitos - Apreensão de dez porções de cocaína, com peso aproximado de 41,5 gramas, de vinte e três porções de "crack", com peso aproximado de 06 gramas, de cento e dezessete invólucros plásticos, além da quantia de R\$ 88,00 - Fatores que, associados à prova produzida, levam à conclusão de que o entorpecente era

Superior Tribunal de Justiça

destinado ao consumo de terceiros - Óbice à desclassificação para o artigo 28 da Lei de Drogas - Pena-base por cada delito fixada no mínimo legal a minguada de maus antecedentes - Aplicado o redutor do artigo 33 §4º, na fração de 1/2, em relação ao crime de tráfico de entorpecentes, que deve permanecer, ante o conformismo do representante do Ministério Público - Óbice ao redutor em seu patamar máximo, haja vista as circunstâncias da prisão, a bem indicar a dedicação efetiva ao comércio ilegal de entorpecente, mesmo porque não houve demonstração do exercício de alguma atividade lícita - Condenação que deve ser cumprida em regime inicial fechado - Disposição legal expressa no art. 2º, § 1º, da Lei nº. 8.072/1990 - Impossibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos - Mercê incompatível com a gravidade singular do delito - Recurso de apelação desprovido.

No presente *writ*, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo reafirma parcialmente as teses subsidiárias suscitadas no Tribunal de origem, sustentando que a fixação do regime prisional foi lastreada apenas na gravidade em abstrato do delito.

Ademais, ressalta a primariedade do agente e a presença de circunstâncias judiciais favoráveis.

Assim, requer, inclusive liminarmente, a readequação do regime prisional inicial determinado pelas instâncias ordinárias.

É, em síntese, o relatório.

É manifesto o constrangimento ilegal imposto pelas instâncias ordinárias ao paciente.

Afinal, 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

Superior Tribunal de Justiça

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).

No caso, foram estes os fundamentos invocados pelo Juízo de primeiro grau quando da prolação da sentença condenatória (e-STJ fls. 25/27):

[...] A quantidade considerável de drogas apreendida em poder do réu, deve ser levada em conta no percentual do redutor a ser aplicado, na forma do artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, mostrando-se adequado o percentual de 1/2. Impõe-se, diante deste contexto probatório, a condenação do réu pela infração ao artigo 33, §4º, da Lei n.º 11.343/06. [...] **CONSIDERAÇÕES FINAIS.** Os crimes de tráfico de drogas e corrupção ativa deverão ser considerados em concurso material, eis que afetam bens jurídicos distintos, bem como são delitos de natureza diferentes, devendo as penas ser somadas, na forma do artigo 69 do Código Penal. **O acusado é primário. Não há circunstâncias judiciais dignas de nota,** passo à **FIXAÇÃO DA PENA.** 1.1) **TRAFICO DE DROGA Seguindo o critério do artigo 59 do Código Penal fixo a pena base por infração do artigo 33, "caput", da Lei 11.343/06, no mínimo legal, em 05 (cinco) anos de reclusão e o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, fixado o valor unitário do dia-multa em um trigésimo do valor do salário mínimo, vigente à época dos fatos, devidamente corrigido até a efetiva execução da sanção pecuniária, na forma do artigo 43, do mesmo diploma legislativo. Deixo de considerar circunstância atenuante da confissão ou da menoridade, eis que as mesmas não poderiam levar a pena aquém do mínimo legal, na forma da Súmula 231 do STJ. Em razão da causa de diminuição de pena, reconhecida nesta decisão, reduzo a pena aplicada de 1/2 o que resulta em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa. A minguia de outras circunstâncias que pudessem modificar a pena fixada, torno-a definitiva.** 1.2) **CORRUPÇÃO ATIVA. No que concerne ao delito de corrupção ativa, seguindo o critério do artigo 59 do Código Penal, e levando em conta a inexistência de circunstâncias judiciais dignas de nota, fixo a pena base pela infração ao artigo 333 "caput" do Código Penal em 02 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, fixado o valor unitário mínimo de acordo com a condição econômica do réu, em um trigésimo do salário mínimo, devidamente corrigido até a data da efetiva execução da sanção pecuniária. À minguia de outras circunstâncias que pudessem modificar a pena fixada, torno-a definitiva.** 1.3) **UNIFICAÇÃO DAS PENAS.** Por força do concurso material, reconhecido nesta decisão, unifico as penas aplicadas, somando-as, o que resulta em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 260 (duzentos e sessenta) dias-multa. 2) **REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA.** Não há mais impedimento para progressão de regime, por força do advento da Lei 11.464/07, de modo que não pode ser fixado o regime integral fechado. Contudo, o juiz do processo só pode fixar o regime inicial

Superior Tribunal de Justiça

do cumprimento da pena, uma vez que a progressão de regime deve ser decidida pelo juízo da execução, nos termos do artigo 66, inciso III, alínea "b", da Lei n. 7.210/84 e da Lei 11.464/07. Ademais, **é impossível a fixação do regime semiaberto ou aberto, porquanto o artigo 2º, §1º, da Lei 8.072/90 prevê que o regime inicial deve ser o fechado.** Outrossim, é impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou a concessão do sursis, visto que tais benefícios mostram-se insuficientes à reprovação e à prevenção da conduta incriminada, na forma dos artigos 44, inciso III e 77, inciso II, ambos do Código Penal. É cediço que a pena, além de ressocializadora, deve servir à prevenção geral e específica, de modo que a pena aplicada deverá inibir a ação de outras pessoas (prevenção geral), bem como servir como reprimenda ao delinquente (prevenção específica). Ora, é óbvio que, se o critério adotado pelo legislador, no que concerne ao crime de tráfico de entorpecentes, como suficiente para reprovação e prevenção desta conduta, é o de cumprimento da pena em regime fechado, é incompatível com reconhecimento da possibilidade de substituição desta pena por uma das restritivas de direito. Desta forma, **é forçoso concluir que não pode o condenado por crime de tráfico de entorpecentes, que a lei estabelece o cumprimento de pena em regime fechado, ser beneficiado com a branda substituição da pena corporal por uma das restritivas de direito.** Aliás, seria um verdadeiro absurdo que isto ocorresse, pois uma pessoa condenada por tráfico de drogas prestaria serviços à comunidade, por exemplo, em uma escola - onde teria farta clientela - ou em um hospital - onde teria acesso à grande quantidade de substância entorpecente. Com efeito, repudiamos o entendimento de que a substituição seja possível, até porque juridicamente é impossível. Não se desconhece a recente Resolução do Senado a respeito do assunto, de modo que a presente decisão não se fundamenta nos dispositivos cuja eficácia foi suspensa, vale dizer a parte final do disposto no artigo 44 da Lei 11.343/06 e a expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", contida no artigo 33, § 4º, do mesmo diploma legislativo. **Nestes termos, é de rigor a fixação do regime inicial fechado para início de cumprimento de pena.** [...] (Grifei.)

Por sua vez, o Tribunal de Justiça negou provimento ao apelo defensivo nos seguintes termos (e-STJ fls. 41/48):

Consta da denúncia que no dia 30 de maio de 2018 policiais militares realizavam patrulhamento de rotina quando se depararam com o acusado na via pública e de imediato desconfiaram de sua conduta, eis que ao notar a aproximação policial ele empreendeu fuga, de sorte que o perseguiram, com êxito, culminando com **a apreensão de uma bolsa contendo dez porções de cocaína, com peso aproximado de 41,5 gramas, vinte e três porções de "crack", com peso aproximado de 06 gramas, cento e dezessete invólucros plásticos, além da quantia de R\$ 88,00.**

Consta ainda que o réu ofereceu aos policiais militares o montante de R\$ 2.000,00 para que não fosse detido.

Superior Tribunal de Justiça

Por isso, os policiais militares deram voz de prisão ao réu e o conduziram ao distrito policial.

[...]

Em relação ao delito de corrupção ativa, a pena-base foi fixada em seu patamar mínimo de 02 anos de reclusão e 10 dias-multa a míngua de maus antecedentes, de forma definitiva.

É importante observar que a circunstância atenuante da menoridade foi apontada na r. sentença, mas sem repercussão na pena, a teor da Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça, que veda a fixação da pena aquém do mínimo legal.

Em relação ao crime de tráfico de entorpecentes, na primeira fase, a pena-base foi fixada no mínimo legal a míngua de maus antecedentes, em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa em seu valor mínimo unitário.

Na segunda etapa da dosimetria, a circunstância atenuante da menoridade relativa foi reconhecida a favor do réu, mas a pena permaneceu inalterada, eis que não poderia ser fixada aquém do mínimo legal, a teor da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Na terceira fase, a pena foi reduzida em 1/2, nos termos do artigo 33, parágrafo 4º, da lei nº 11.343/06, resultando em 02 anos e 06 meses de reclusão e 250 dias-multa em seu valor unitário mínimo, e apesar de não ser este o entendimento deste Relator, tal redutor fica mantido, ante o conformismo do representante do Ministério Público.

Não há que se falar em redução máxima da pena, pois, ainda que não demonstrada a participação do réu em organização criminosa, o que se vê aqui é a dedicação inquestionável ao comércio ilegal, mesmo porque a falta de demonstração do exercício de atividade lícita inviabilizaria, a rigor, a obtenção de recursos próprios para a aquisição de tal quantidade de drogas, impondo, pois, o reconhecimento de sua estreita ligação com traficantes, de quem obteria crédito para a aquisição de drogas para seu "negócio", ou então até mesmo para quem trabalharia, recebendo a tanto remuneração diária, semanal ou mensal, tudo a demonstrar o engajamento nesse submundo, fazendo dele o seu meio de subsistência, não fazendo jus, a meu ver, ao redutor máximo.

Quanto ao regime de pena fixado, posto que estabelecido em conformidade com o mandamento legal contido no parágrafo 1º, do artigo 2º, da lei 8.072/90, assim há de ser mantido, não ocorrendo de forma diversa com a negativa da substituição da pena privativa de liberdade.

Não se olvide da recente decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal, reconhecendo, em caráter incidental, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos, que estabelece o cumprimento da pena em regime inicialmente fechado, aos agentes condenados por crimes hediondos e equiparados (STF, 111.840/ES, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, julgado de 27-06-12), todavia, a norma citada está em pleno vigor e o recente entendimento da Suprema Corte não impõe de forma obrigatória o acatamento do novo

entendimento.

Tal como veiculado de forma contínua nos diários de grande circulação no país, o tráfico de drogas vem se tornando assustadoramente contumaz no cotidiano das grandes, médias e até mesmo pequenas cidades, inclusive aquelas incrustadas nos mais distantes rincões da nação.

Não há distinção entre ricos ou pobres, raça ou religião; o comércio ilegal avança de forma incontrolável, ora favorecido pela insuficiência policial, ora beneficiado pelo abrandamento do rigor penal.

Evidentemente o grande traficante, o responsável pela distribuição da droga em determinada região ou cidade, não se envolverá diretamente na comercialização da droga; valer-se-á do jovem preterido pela sorte, disposto a lutar por algum dinheiro que propicie a imediata realização de necessidades básicas.

Ocorre então a perfeita comunhão de interesses. De um lado, o responsável pelo tráfico, que se arrima em incautos jovens, inimputáveis pela tenra idade, ou de passado até então escorreito, para comercializar seu produto, e de outro o pequeno cidadão que, eventualmente detido pela prática do comércio de drogas, poderá ser beneficiado com a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos ou com a concessão do "sursis".

O número de pessoas que poderiam ser servidas com a prática da venda da droga, bem demonstra a periculosidade latente do réu, recomendando o cumprimento da pena no regime inicial fechado e obstando a substituição da pena por quaisquer das medidas alternativas.

Registra-se que o Excelso Supremo Tribunal Federal recentemente reconheceu, de modo incidental, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em pena restritiva de direitos" constantes dos artigos 33, § 4º e 44 da Lei de Drogas.

Esse reconhecimento de inconstitucionalidade, todavia, não implica na substituição automática da pena de prisão por pena restritiva de direitos. Na decisão é ressalvada a possibilidade de o julgador analisar, em cada caso concreto, a viabilidade e admissibilidade dessa substituição.

Os crimes foram cometidos em concurso material, de modo que a somatória das penas aplicadas fica mantida, resultando em 04 anos e 06 meses de reclusão e 260 dias-multa em seu mínimo unitário.

ASSIM, PELO MEU VOTO, NEGO PROVIMENTO AO APELO.
(Grifei.)

Como se depreende da transcrição acima, a Corte de origem manteve a fixação do regime inicial fechado com alicerce apenas na gravidade em abstrato do delito de tráfico de drogas, sem indicar elementos concretos dos autos que demonstrassem a real necessidade de imposição de regime prisional mais gravoso, o que vai de encontro ao teor

Superior Tribunal de Justiça

dos enunciados 718 e 719 da Súmula do STF, bem como do enunciado 440 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõem:

Enunciado 718/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.

Enunciado 719/STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Enunciado 440/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.

Nesse tear, diante dos parâmetros acima, dada a quantidade de reprimenda aplicada após a incidência do concurso material de crimes (4 anos e 6 meses de reclusão), a primariedade do paciente, o fato de não terem sido apontadas circunstâncias judiciais desfavoráveis e a quantidade de entorpecentes apreendidos – **41,5g (quarenta e um gramas e cinco decigramas) de cocaína e 6g (seis gramas) de "crack"** –, deve ser alterado o regime inicial de cumprimento da sanção para o semiaberto.

Ante o exposto, **concedo liminarmente a ordem** (art. 34, XX, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça) para, nos autos do processo n. 0004483-84.2018.8.26.0635, fixar ao paciente o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de outubro de 2019.

Ministro Antonio Saldanha Palheiro

Relator