

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 523.052 - SP (2019/0215245-0)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : ANTONIO ROBERTO SOARES
ADVOGADO : ANTONIO ROBERTO SOARES - SP206292
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCAS GABRIEL ALVES
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de LUCAS GABRIEL ALVES, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento à apelação criminal em acórdão assim relatado (fls. 41-42):

Trata-se de apelação criminal interposta contra a sentença prolatada pelo Meritíssimo Juiz Alexandre Semedo de Oliveira, que condenou Lucas Gabriel Alves à pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias- multa, fixados no valor unitário mínimo, como incurso no artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06, pelo fato de guardar, em sua própria residência, para fins de tráfico, 60 (sessenta) porções contendo 8,06g (oito gramas e seis centigramas) de cocaína, e mais 15 (quinze) porções contendo 68,37g (sessenta e oito gramas e trinta e sete centigramas) de Cannabis sativa L, vulgarmente conhecida por "maconha", substâncias entorpecentes que causam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

O apelante, em suas razões recursais, alegando a insuficiência probatória, requereu a absolvição, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, pleiteou a desclassificação do delito que lhe foi imputado para o previsto no artigo 28, "caput", da Lei nº 11.343/06, ou, então, a substituição de sua pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a determinação de um regime prisional mais brando, e, enfim, a redução da pena de multa que lhe foi imposta.

Em contrarrazões, o Ministério Público requereu o desprovimento do recurso. No mesmo sentido, manifestou-se a Procuradora de Justiça, opinando pelo não provimento do apelo.

Decorrido o prazo para que as partes se manifestassem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º, da Resolução nº 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução nº 772/2017, ambas do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não houve oposição a essa forma de julgamento.

O paciente foi condenado, em razão da prática do crime previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 1 ano e 8 meses de reclusão em regime inicial fechado e de 166 dias-multa.

Superior Tribunal de Justiça

O impetrante requer a fixação do regime aberto para início de cumprimento da pena.

A liminar foi deferida.

As informações foram prestadas.

O Ministério Público Federal ofertou parecer, manifestando-se pela concessão da ordem.

Na origem, o processo n. 0008346-07.2018.8.26.0196, encontra-se com audiência admonitória designada para 9/10/2019, conforme informações processuais extraídas do *site* do Tribunal *a quo* em 30/9/2019.

É o relatório.

DECIDO.

Sobre a fixação do regime de execução e substituição da pena corporal, o Colegiado Estadual teceu as seguintes considerações (fls. 46-48):

[...].

O regime inicial fechado impõe-se, diante da previsão do artigo 2o, § Io, da Lei 8.072/90, que dispõe que os crimes hediondos e os assemelhados a tal, como o tráfico de entorpecentes, terão a pena cumprida em regime inicial fechado. Ressalte-se que a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XLIII, determina um tratamento mais rigoroso a determinados delitos, dentre os quais os considerados hediondos e o de tráfico ilícito de entorpecentes.

Coube, pois, ao legislador ordinário, dentro das diretrizes fixadas pela Constituição Federal, estabelecer que, nestes casos, o regime inicial de cumprimento da reprimenda deveria, obrigatoriamente, ser o fechado.

Inadmissível, ainda, a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, diante de sua incompatibilidade com a gravidade e as circunstâncias em que o crime foi cometido, não havendo qualquer tipo de violação ao princípio da individualização da pena.

Este entendimento deve prevalecer, notadamente ao se considerar a vedação expressa trazida pelo artigo 44 da Lei de Drogas.

Com efeito, o benefício consistente na substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos tem por objetivo primordial o de possibilitar a ressocialização de indivíduos de baixa periculosidade, que praticaram delitos de pequeno grau de lesividade social. Traficantes de substâncias entorpecentes, sejam de pequeno, médio ou grande porte, não têm o perfil de iniciar o cumprimento de sua pena que não mediante encarceramento. Mesmo o pequeno traficante merece uma punição severa. Basta que a venda de drogas seja realizada uma única vez, para que cause uma série de malefícios ao consumidor e que virá a repercutir a toda a coletividade.

Ressalte-se que uma das exigências previstas no art. 44, inciso III, do Código Penal, para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, é a de que os motivos e as circunstâncias indiquem como suficiente tal medida, para a repressão do agente da conduta delituosa.

Superior Tribunal de Justiça

Conforme já fundamentado, tal benefício não se coaduna com as graves conseqüências que a mercancia de substâncias entorpecentes causam, não só ao usuário, com uma rápida deterioração da sua saúde física e mental, mas também ao corpo social (deseestrutura familiar, estímulo à prática de outros crimes, como homicídios, latrocínios, extorsões etc.).

Muito embora o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do "Habeas Corpus" nº 97.256/RS, tenha recentemente reconhecido, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", contida no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, é de se ressaltar que tal decisão não possui o efeito "erga omnes". E mesmo a Resolução nº 5 do Senado Federal, de 15 de fevereiro de 2012, que suspendeu a eficácia da referida expressão, não acarreta direito subjetivo do agente que praticou o grave delito do tráfico de entorpecentes a tal conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Desta forma, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso interposto, apenas para reduzir a pena de multa determinada ao apelante, que, nesses termos, permanece condenado como incurso no artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06, à pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, aliada, agora, ao pagamento de (cento e sessenta e seis) dias-multa, fixados no valor unitário mínimo.

Como antecipado em exame liminar que ora se confirma, sendo a pena-base fixada no mínimo legal, reconhecidos os bons antecedentes e a primariedade, além da aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, não é possível a escolha do modo prisional mais gravoso com base na gravidade abstrata do delito.

Assim, restando a reprimenda definitivamente estabelecida em patamar inferior a 4 anos - 1 ano e 8 meses de reclusão, a definição de regime penal mais gravoso exigiria concreta motivação, a tanto não servindo argumentos de gravidade abstrata do delito e dos genéricos efeitos sociais da criminalidade. A propósito:

Súmula 440: "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".

Súmula 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".

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

Dessa maneira, nota-se que nenhuma motivação pelo crime concretizado (tráfico privilegiado) foi aduzida no acórdão condenatório para fixar o regime mais severo, indicando-se apenas a gravidade abstrata do delito, o que torna certa a ausência de fundamentos válidos para a imposição de

Superior Tribunal de Justiça

regime mais gravoso.

Não se tendo no tema, com a clara motivação deficiente, divergência nesta Sexta Turma do Tribunal, reconheço a ilegalidade arguida.

De igual modo, indispensável o apontamento de justificativa concreta e idônea para impedir a substituição da pena prevista no art. 44 do CP, havendo no caso flagrante ilegalidade a ser sanada, tendo em vista que os fundamentos declinados pela Instância *a quo* mostram-se genéricos.

Quanto ao benefício da substituição das penas, a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, não subsiste mais, tendo sido declarado inconstitucional o dispositivo, pelo Pleno do STF, quando do julgamento do HC n. 97.259 (Rel. Min. CARLOS AYRES BRITTO - DJe 16/2/2010), na parte relativa à proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O entendimento passou, desde então, a ser adotado pelo STJ: AgRg no HC 121.111/SP, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (Desembargador Convocado do TJ/SP), SEXTA TURMA, DJe de 17/12/2010, e EDcl no HC 122.269/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 22/11/2010.

Em 15/2/2012, com a edição da Resolução 05/2012, do Senado Federal, foi suspensa a execução da mencionada vedação legal, *in verbis*:

RESOLUÇÃO Nº 5, DE 2012.

Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Senado Federal, em 15 de fevereiro de 2012.

Ressalte-se, ainda, que, em recente julgado, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou orientação segundo a qual *O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos*. Eis a ementa do referido acórdão:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM

Superior Tribunal de Justiça

CONCEDIDA. 1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. 2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. 3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90. 4. Ordem concedida. (HC 118533, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 16-09-2016 PUBLIC 19-09-2016).

Nesse contexto, alinhando-se à posição do STF, a Terceira Seção desta Corte entendeu pela necessidade de revisão do entendimento anteriormente consolidado, com o consequente cancelamento da Súmula 512/STJ. A propósito: Pet 11.796/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/11/2016, DJe 29/11/2016.

Dessa forma, tendo em vista a primariedade do paciente, a fixação da pena-base no mínimo legal e o *quantum* final da sanção, devida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos dos art. 44 do Código Penal. Nesse diapasão:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Estabelecida a pena em 1 ano e 8 meses, sendo primário o réu e favorável a análise das circunstâncias judiciais, o regime aberto é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, sobretudo quando não expressiva a quantidade de droga apreendida - 26,8 g de maconha e 2,7 g de cocaína.

2. Preenchidos os requisitos legais, deve ser substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, uma vez que suprimidas do texto legal, mediante a Resolução n. 5/2012 do Senado Federal, os óbices que vedavam a concessão da permuta legal aos condenados pelo delito de tráfico de drogas.

3. *Agravo regimental não provido.* (AgInt no AREsp 1160960/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 01/12/2017), com destaques.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções.

Superior Tribunal de Justiça

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 02 de outubro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator

