

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 538.258 - SP (2019/0302242-2)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
IMPETRANTE : MARCO ANTONIO OBA
ADVOGADO : MARCO ANTÔNIO OBA - SP144042
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JADSON HIGOR DE SOUZA ARAUJO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de JADSON HIGOR DE SOUZA ARAUJO no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0005533-91.2017.8.26.0438).

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado, como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, c/c o § 4º da Lei n. 11.343/2006, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, mais pagamento de 160 dias-multa, por ter sido apreendido na posse de "02 (duas) porções de Tetrahydrocannabinol, constituinte ativo do vegetal *Cannabis Sativa, L*, vulgarmente conhecida como 'maconha', pesando 11,31 gramas e 03 (três) porções de Benzoilmetilecgonina, vulgarmente conhecida por 'cocaína', totalizando 1,38 gramas, assim como 01 (uma) porção da mesma droga, em forma de 'crack', pesando 0,76 gramas" (e-STJ fl. 117).

Irresignadas, apelaram as partes, sendo o recurso da defesa desprovido e o ministerial provido para estabelecer o regime fechado para o início de cumprimento da reprimenda do ora paciente. Eis a ementa (e-STJ fl. 303):

Tráfico de entorpecentes. Prova da materialidade decorrente do laudo químico toxicológico. Autoria e finalidade mercantil demonstrada pela prova oral. Regime fechado adequado em razão da maior culpabilidade na conduta do agente, que também não autoriza a substituição por restritivas de direitos. Desprovidimento do apelo defensivo e provimento do recurso da acusação.

No presente *habeas corpus*, aduz o impetrante que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, sustentando, para tanto, a ilegalidade quanto ao estabelecimento de regime fechado para o início de cumprimento da reprimenda.

Superior Tribunal de Justiça

Requer, inclusive liminarmente, a concessão da ordem para estabelecer o regime aberto em benefício do paciente, bem como para determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

É, em síntese, o relatório.

Quanto ao regime prisional, o Plenário 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 delitos a eles equiparados.

Na espécie, o Tribunal local fixou o regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena, assim fundamentando (e-STJ fls. 317/324):

A fixação do regime mais gravoso para o início do desconto da pena privativa de liberdade se justifica no caso em comento pela natureza e expressiva quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas. Nesse sentido, confira-se orientação do E. Superior Tribunal de Justiça: [...]

Impossível olvidar a natureza da infração e os males que a mesma provoca no seio social, devendo o infrator experimentar repercussões objetivas acerca da censurabilidade de sua conduta. O art. 33, §3º do Cód. Penal remete ao art. 59, do mesmo texto, para eleição do regime de cumprimento das penas, o qual, aliás, traz em seu bojo as conseqüências do delito como elemento informador.

[...]

Oportuno destacar que, em matéria jornalística veiculada na Folha de S. Paulo do dia 31.5.2015, noticiou-se estudo indicativo de que ao menos 1.685 pessoas morreram no Est. de S. Paulo em 2013 após terem consumido cocaína, uma média de cinco óbitos diários.

E, "Segundo especialistas, o crack é 'cinco vezes mais potente que a própria cocaína e produz dependência com muita facilidade e quase imediatamente após seu primeiro ou segundo uso (...) Os efeitos produzidos ao usuário são basicamente iguais ao da cocaína, porém muito mais intensos (...)'" (João Gaspar Rodrigues, Tóxicos, Bookseller, 2001, p. 63)" (RT, 838/571).

Sem dúvida, não se pode negar a nocividade da cocaína em pedra, que apresenta maior lesividade ao organismo humano, tornando o usuário, em curto período de tempo, "escravo do desejo de consumir o entorpecente".

Note-se, por oportuno, que "A cocaína fumada na forma de crack (...) possui ação farmacológica comparável à cocaína" (v. Toxicologia Forense cit., cap. V, nº 1.3.1, pág. 136).

Ainda nessa toada, no sentido de desestimular o consumo de substâncias entorpecentes, em matéria jornalística veiculada na Folha de S. Paulo, caderno Opinião, do dia 7.5.2013, os psiquiatras Carlos Salgado e Antônio Geraldo da Silva publicaram estudo sobre os malefícios causados pelo uso, por exemplo, de maconha, verbis:

"(...) Como médicos psiquiatras, nós nos sentimos na obrigação de esclarecer alguns pontos sobre a maconha. Como qualquer droga ilícita, ela ocupa grande espaço no imaginário da sociedade. No entanto, infelizmente, vem ganhando uma imagem de benignidade sem uma fundamentação científica confiável.

A glamorização da maconha como planta de valor terapêutico e de uso a princípio meramente "recreativo" tem servido de argumento para a condescendência com seu consumo. A verdade é que classificar maconha como droga leve e quem sabe até terapêutica é ingênuo, se não malicioso.

O peso clínico de uma droga depende, é claro, do usuário. Sua bagagem genética e social pode contribuir para que a droga tenha grande impacto. Há quem fume e não sofra nenhum dano. Mas há muita gente que vive justamente o contrário. As clínicas de reabilitação estão lotadas para comprovar a veracidade do fato.

A maconha pode piorar os quadros psiquiátricos mais comuns, como esquizofrenia, depressão, ansiedade e bipolaridade, e desencadear as primeiras crises graves dessas doenças, mudando a história natural de doentes que poderiam viver incólumes a riscos transmitidos geneticamente.

(...)

É aí que o Estado precisa exercer seu papel de zelar pelo bem-estar dos cidadãos. Se ele mal dá conta de monitorar o consumo de álcool por jovens, droga equivocadamente admitida como lícita, o que dirá de uma eventual descriminalização da maconha? (...)"

Igualmente relevante destacar trecho de artigo extraído do portal R7, subscrito pela jornalista Marcella Franco, em 17.5.2016, segundo o qual "(...) De acordo com um medico inglês, usar a droga antes da maioridade aumenta os riscos de esquizofrenia na idade adulta. Além disso, explica o psiquiatra, jovens que fumam maconha têm três vezes mais chances de desenvolver psicoses no futuro. Os dados preocupantes são de estudos que o professor de pesquisa psiquiátrica Robin Murray coordenou no Instituto de Psiquiatria Kings College, em Londres, na Inglaterra. Em 2002, por exemplo, foi descoberto que quem usa maconha a partir dos 15 anos tem 4,5 vezes mais chances de se tornar psicótico dez anos depois (...)" (verbis).

Guardadas as devidas proporções, outorgar regime aberto só pela quantidade da reprimenda brindaria aquele que contribuiu decisivamente contra a ordem e saúde públicas com benefício que não se acha devidamente posto na lei do ponto de vista teleológico.

Destarte, não se há de tabelar regime de cumprimento pela dimensão da reprimenda.

À medida "em que a criminalidade recrudesça e se agrave, pondo, a cada instante, mais e mais risco à segurança e à paz social, cumpre ao Juiz reprimi-la, desestimulá-la e arrostá-la, mercê de uma mais adequada, mais necessária e, quiçá, até mais rigorosa aplicação do Direito" (verbis no Agravo em Execução n. 509.131-7, rei. Des. CANGUÇU DE ALMEIDA, TACRIM/SP).

A lição é oportuna.

Não se pode afirmar um direito subjetivo ao regime aberto só pela dimensão da reprimenda corporal (art. 33, §2º do CP), na medida em que a lei penal prevê, além deste, outros critérios para eleição do programa de reabilitação.

A reforçar o argumento transcrevo passagem do voto do Min. Celso de Mello, do Col. Pretório Excelso: "(...) O preceito inscrito no art. 33, § 2º, "c", do Código Penal não obriga o magistrado sentenciante, mesmo tratando-se de réu primário e sujeito a pena não superior a quatro anos de prisão, a fixar, desde logo, o regime penal aberto. A norma legal em questão permite, ao juiz, impor, ao sentenciado, regime penal mais severo, desde que o faça em decisão suficientemente motivada. A opção pelo regime aberto constitui mera faculdade legal reconhecida ao magistrado sentenciante (...)" (HC 86.624/SP-J. 13.12.2005). (Grifei.)

Pois bem. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o magistrado deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a primariedade, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do Código Penal) e, tratando-se 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).

Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que aquele que permite a pena aplicada, desde que apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito.

A propósito, confirmam-se:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO E NA GRAVIDADE ABSTRATA. AFASTAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF. FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

Superior Tribunal de Justiça

1. Por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES, realizado em sessão extraordinária do dia 27/6/2012, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, 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, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e de outros a eles equiparados.

2. O Tribunal de origem entendeu devida a imposição do regime inicial fechado, sem haver apontado elementos concretos dos autos que, efetivamente, evidenciassem a imprescindibilidade de imposição do modo mais gravoso. Assim, considerado o quantum de pena imposto ao sentenciado, a análise favorável das circunstâncias judiciais e, ainda, a primariedade do paciente, é forçosa a confirmação da medida liminar anteriormente concedida para estabelecer o regime inicial aberto.

[...]

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para estabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena. (HC 358.378/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 30/08/2016.)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. REGIME PRISIONAL FECHADO. REFERÊNCIA À HEDIONDEZ E À GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. PRIMARIEDADE E MONTANTE DA PENA QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL SEMIABERTO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

2. O regime mais gravoso que o patamar de pena aplicada pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

3. Hipótese em que o regime fechado foi estabelecido pelo acórdão recorrido com base apenas na hediondez e na gravidade abstrata do delito. Dessa forma, tratando-se de pena privativa de liberdade inferior a 8 anos, faz jus ao regime semiaberto.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC 354.161/RJ, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 01/09/2016.)

Na hipótese, como visto, o Tribunal local fixou o regime inicial

Superior Tribunal de Justiça

fechado com alicerce apenas na gravidade em abstrato do crime, 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 dos enunciados das Súmulas n. 718 e 719/STF e 440/STJ, 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

Sob tal perspectiva, ainda que o Tribunal de origem tenha consignado a "*natureza e expressiva quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas*" para fixar o regime mais gravoso, tem-se que a apreensão de 2 porções de maconha com peso de 11,31g (onze gramas e trinta e um centigramas), 3 porções de cocaína com peso de 1,38g (um grama e trinta e oito centigramas) e 1 porção de *crack* com peso de 0,76g (setenta e seis centigramas) não indica a gravidade concreta da conduta a ensejar a fixação de regime mais gravoso do que aquele cabível em razão do *quantum* de pena fixado.

Dessarte, tendo em vista a ausência de circunstâncias desfavoráveis, a quantidade de pena aplicada (1 ano e 8 meses de reclusão) e a primariedade do paciente, vislumbro a existência de constrangimento ilegal decorrente da imposição do regime inicial fechado, devendo ser fixado o regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda, bem como ser substituída a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, pois preenchidos os requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal.

Ilustrativamente:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE REDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. APLICAÇÃO EM 2/3. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. QUANTIDADE DAS DROGAS

APREENDIDAS NÃO CONSIDERÁVEL. DECISÃO MANTIDA.
AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

3. Constituindo a quantidade de droga elemento norteador na fixação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, o volume pouco expressivo de entorpecente autoriza a aplicação do redutor em seu grau máximo.

4. Consoante o entendimento firmado pelo STJ, a natureza e a quantidade da droga apreendida constituem fundamento hábil a justificar tanto a imposição do regime mais severo quanto o indeferimento da substituição das penas, desde que o volume não seja considerado inexpressivo.

5. Assim, tratando-se de réu primário, com pena-base fixada no mínimo, a apreensão de quantidade não considerável de entorpecentes não constitui elemento apto a justificar a imposição do regime prisional mais severo ou o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

6. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 429.786/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 06/06/2018).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO. PROVAS LÍCITAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. NECESSÁRIA REUNIÃO ESTÁVEL E DURADOURA DE PELO MENOS DUAS PESSOAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). APLICABILIDADE NA FRAÇÃO MÁXIMA. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REDUÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PREENCHIDOS OS REQUISITOS DO ART. 33 E ART. 44, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. A causa redutora de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 poderá ser aplicada quando cumpridos os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não dedicar-se a atividades criminosas e não integrar organização criminosa. Na hipótese em apreço, resta evidenciado o constrangimento ilegal, pois não houve comprovação de que o paciente se dedicava a atividades criminosas, pois, além de ter sido absolvido pela prática de associação para o tráfico, a quantidade de drogas apreendidas foi pequena (9,8g de cocaína, e 24g de maconha), o que justifica, inclusive, a aplicação da minorante em seu patamar máximo (2/3), conforme o entendimento desta Quinta Turma.

Superior Tribunal de Justiça

6. Reduzida a pena ao patamar inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, "c", do CP) e em razão da primariedade do paciente e da inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP), bem como da fixação da pena-base no mínimo legal, o regime a ser imposto deve ser o aberto.

7. O art. 44 do Código Penal é taxativo quanto aos requisitos necessários para a obtenção do benefício da substituição da medida corporal por restritiva de direitos. Preenchidos os requisitos legais e sendo pequena a quantidade de drogas apreendidas, faz jus o paciente à referida benesse.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para absolver o paciente da prática do delito de associação para o tráfico (art. 35 da Lei n. 11.343/06) e redimensionar a pena quanto ao delito de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/06), reconhecendo a causa redutora de pena, tornando-a definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, fixando o regime inicial aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a serem especificadas pelo Juízo de Execuções, revogando o acórdão quanto à execução provisória da pena (HC 438.011/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe 01/06/2018).

Ante o exposto, **concedo a ordem, in limine**, para estabelecer o regime aberto para início de cumprimento da pena imposta ao paciente, bem como determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem estipuladas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 08 de outubro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator