

HABEAS CORPUS Nº 538.354 - SP (2019/0302601-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
JULIANA DO VAL RIBEIRO - SP291690
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PATRICK OLIVEIRA NONATO DE ALMEIDA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de PATRICK OLIVEIRA NONATO DE ALMEIDA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação Criminal n. 1503436-58.2018.8.26.0228.

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico privilegiado), à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por restritivas de direitos, conforme a sentença de fls. 29/37.

Irresignada, a acusação interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual deu parcial provimento ao recurso para readequar a pena, fixar o regime fechado, vedar a substituição da pena e determinar a execução provisória da pena nos termos do acórdão assim ementado, *in verbis* (fl. 65):

APELAÇÃO CRIMINAL - Tráfico de drogas - Autoria e materialidade delitiva comprovadas - Decisão condenatória que se impõe - Impossibilidade de absolvição - Penas readequadas – Aplicação do redutor inserto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas na fração de 1/2 (metade) - Regime prisional fechado para início de cumprimento de pena - Expedição do mandado de prisão - Impossibilidade da substituição das penas privativas de liberdade – Recurso ministerial parcialmente provido.

No presente *writ*, a impetrante sustenta que o paciente faz jus à aplicação da minorante (§ 4º) no patamar máximo (2/3); ao regime aberto; e à substituição da pena por medidas restritivas de direito.

Requer a concessão da ordem nesse sentido.

Indeferido o pedido liminar e prestadas as informações pela autoridade coatora, o Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem, nos termos da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. DO- SIMETRIA DA PENA. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA DE REDUÇÃO. INVIABILIDADE. QUANTI- DADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DAS DROGAS APREENDI- DAS. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. DESPROPOR- ÇÃO. RÉU PRIMÁRIO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. DIREITO AO REGIME SEMIABERTO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INSUFICIÊNCIA DA MEDIDA. Parecer pela concessão parcial da ordem, apenas para que seja fixado o regime inicial semiaberto (fl. 166).

É o relatório.

Decido.

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

Na hipótese dos autos, a paciente foi condenada por tráfico de drogas à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por restritivas de direitos. Em apelação interposta pelo Ministério Público, asseverou o Tribunal *a quo*:

[...]

Na primeira fase, a pena-base foi fixada no mínimo legal, em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, nos termos do artigo 42 da Lei nº 11.343/06, considerando as circunstâncias judiciais favoráveis.

Na segunda etapa, à míngua de circunstâncias modificativas, nada deve ser alterado.

Na terceira e derradeira etapa, está presente a causa de diminuição da pena descrita no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, tendo em vista a primariedade do acusado e a ausência de indícios de que integre organização criminosa ou se dedique a atividade ilícita.

Assim, em razão da quantidade de droga, faz-se aplicar a fração de 1/2 (metade), a fim de reduzir as penas, perfazendo 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, que se torna definitiva, à míngua de outras circunstâncias modificativas.

Cumpre consignar que as penas aplicáveis dentre as cominadas para o delito concreto, sua quantidade (observando-se os limites previstos) e o regime inicial de cumprimento de pena devem ser analisados à luz da culpabilidade do agente, de seus antecedentes, sua conduta social, personalidade e motivos, as circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, nos termos do artigo 59 do Código Penal, obedecendo-se o Princípio da Suficiência da Pena.

No caso em espécie, em que pese tratar-se de tráfico, assim chamado de privilegiado, inserto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, a pena imposta tem, antes de qualquer coisa, caráter punitivo, na medida em que, repreende agente que cometeu grave crime de tráfico de drogas, que vem causando intranquilidade e desassossego social, colocando em polvorosa a ordeira população, atingindo todas as classes sociais e regiões do país. Ademais, não se pode descartar o caráter preventivo da pena, uma vez que visa inibir a prática de novos delitos. Para o doutrinador Guilherme de Souza Nucci, pena é: “(...) sanção imposta pelo Estado, valendo-se do devido processo legal, ao autor da infração penal, como retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes.”. (Individualização da Pena, 2ª edição, pg 52).

Em relação ao regime de cumprimento de pena, de rigor o inicial fechado, considerando-se aqui, além da hediondez do delito por equiparação, a gravidade e nocividade concreta da conduta evidenciada pela quantidade e pela natureza da droga apreendida.

Ademais, a imposição da pena-base no mínimo legal cominado à espécie não é determinante no estabelecimento do regime inicial de cumprimento de pena, isso porque, os requisitos do artigo 59, do Código Penal, podem ser analisados em duas fases, num primeiro momento para a fixação do montante da pena e, em segundo plano, para a fixação de regime.

Na espécie, analisando a última parte do artigo em comento “estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” tem-se que o regime inicial mais severo (fechado) é o único satisfatório em relação à gravidade objetiva do fato.

Em outras palavras, a pena funciona como uma resposta do Estado ao comportamento social ilícito realizado pelo recorrente que colocou em risco, não apenas a saúde do usuário, mas, também, a

integridade de toda a sociedade (fls. 70/73).

Verifica-se que o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 foi aplicado na fração de 1/2, tendo em vista a quantidade do entorpecente apreendido (9,8 g de cocaína e 39 g de maconha), conforme determina o art. 42 da Lei n. 11.343/06.

Acontece que, com base em casos análogos julgados nesta Corte, a quantidade de droga apreendida com o paciente não se mostra elevada o suficiente para influenciar, negativamente, na escolha da fração.

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICABILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. PEDIDO PREJUDICADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa. 3. É manifestamente desproporcional a redução da pena em 1/3, pela incidência da referida minorante, com fulcro na natureza da droga e na alegação genérica da gravidade do delito, quando ínfima a quantia de entorpecente apreendido (2,32 g de crack), aliada ao fato de que o paciente é primário, de bons antecedentes e não há prova de que se dedica habitualmente a atividades delitivas. Aplicação do índice de diminuição em 2/3. Precedente.

4. O pedido de alteração do regime prisional está superado, pois o paciente já se encontra no regime aberto, segundo informações do Juízo de origem.

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

Superior Tribunal de Justiça

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, no grau máximo (2/3), tornando a pena definitiva do paciente em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão mais o pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, bem como para substituir a sanção corporal por pena restritiva de direitos, a ser fixada pelo Juízo da execução (HC 302.732/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 26/05/2017).

Constata-se, também, que não foi apresentada fundamentação idônea para o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, bem como para o agravamento do regime prisional inicial.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para restabelecer a sentença penal condenatória.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 28 de novembro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator