

HABEAS CORPUS Nº 548.853 - SP (2019/0358180-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PAULO ARTHUR ARAUJO DE LIMA RAMOS - SP252022
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EMERSON LUCAS DOS SANTOS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **EMERSON LUCAS DOS SANTOS**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado à pena privativa de liberdade de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito tipificado no art. 33 da Lei de Drogas.

O Tribunal de origem deu provimento à apelação da defesa e reduziu a pena do paciente para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, mantendo o regime prisional fechado.

No presente *writ*, o impetrante pleiteia a fixação do regime prisional aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

É o relatório.

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal pacificaram o entendimento 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.

Passo, assim, ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem, de ofício.

Conforme relatado, o paciente foi condenado, pelo Tribunal de origem, à pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime prisional fechado, nos seguintes termos:

"Por fim, ao contrário do que entendeu o MM. Juiz a quo, vislumbra-se que, no caso em tela, 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 apelante, bem como a ausência de indícios de que integre organização criminosa ou se dedique a atividades ilícitas.

Considerando, ainda, a quantidade de drogas apreendidas em seu poder, somado às demais circunstâncias do caso concreto, de rigor a aplicação do redutor na fração de 2/3 (dois terços), proporção esta que se revela a mais adequada ao caso concreto, totalizando uma pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, mais o pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no mínimo valor legal, reprimendas estas que se tornam definitivas ante a ausência de outras

causas modificadoras.

Quanto ao regime de cumprimento de pena, mantém-se o inicial fechado, já fixado pela r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos, considerando-se aqui, a gravidade e nocividade concreta da conduta dos apelantes, também evidenciada pela natureza da droga apreendida, o que recomenda que o desconto das penas privativas de liberdade seja iniciado em regime mais severo.

Não se desconhece, por certo, a decisão proferida pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC nº 118.533/MS, em que se afastou o caráter hediondo do chamado tráfico privilegiado. Todavia, sabe-se que tal decisão, proferida em sede de controle difuso, é desprovida de efeito vinculante, não operando, portanto, com eficácia erga omnes, de modo que os órgãos jurisdicionais não estão adstritos ao entendimento ali professado, sob pena de adoção da teoria da abstrativização do controle difuso, o que encontra óbice na própria Constituição Federal, a qual atribuiu ao Senado Federal a competência para editar resolução suspendendo a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Diante disso, mantenho o entendimento de que a causa especial de diminuição de pena inserta no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em nada altera a tipificação contida no caput do referido preceito legal, isto é, em que se pese a possibilidade de se aplicar um abrandamento na reprimenda do agente, é certo que a conduta continua a ser tipificada como tráfico de drogas e, como tal, é considerado crime equiparado a hediondo.

Por conseguinte, estando o delito abrangido pelo disposições do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, somando-se, ainda, aos demais elementos do caso concreto, conforme já consignados anteriormente, tem-se que impossível a adoção de outro regime que não o fechado.

[...]

Pelos mesmos fundamentos e evidenciadas as peculiaridades do caso concreto, não se impõe a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, já que a culpabilidade exacerbada do apelante não autoriza essa benesse (cf. artigo 44, inciso III, do Código Penal), sendo certo que a pena privativa de liberdade revela-se a única resposta penal efetivamente apta a atender ao requisito preventivo-retributivo da reprimenda, na medida em que repreende agente que cometeu grave crime de tráfico de drogas, não se afigurando socialmente recomendável, portanto, a referida substituição.

Assim sendo, e nestes termos, dá-se parcial provimento ao recurso defensivo, a fim de readequar as penas impostas ao apelante, mantendo-se, no mais, a r. sentença de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos." (e-STJ, fl. 36-39)

Ocorre que, na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenação por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006,

segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

No caso, definida a pena privativa de liberdade em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, verificada a primariedade do agente, as circunstâncias favoráveis do art. 59 do Código Penal e a pequena quantidade de entorpecentes apreendida - 40,9g (quarenta gramas e nove decigramas) da droga cocaína (e-STJ, fl. 15) - , o regime aberto é suficiente e adequado para a reprovação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO. ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal – CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo, de acordo com o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. *In casu*, em razão da primariedade do paciente, do *quantum* de pena aplicado, inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, "c", do CP), 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. Precedentes.

3. A quantidade e/ou natureza dos entorpecentes é fundamentação idônea para justificar a vedação da substituição da pena por medidas restritivas de direitos, de acordo com o disposto no inciso III do art. 44, do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

Na hipótese, constata-se que, o Tribunal *a quo* fundamentou a vedação da substituição da pena por restritiva de direitos com base na gravidade concreta do delito, revelada pela variedade de drogas apreendidas.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, ratificando a liminar anteriormente deferida, fixar o regime inicial aberto para cumprimento de pena."

(HC 379.637/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/2/2017, DJe 24/2/2017).

Pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente e circunstâncias judiciais favoráveis), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Oportuno salientar que esta Corte e o Supremo Tribunal Federal entendem que não existe óbice na Lei de Drogas para a concessão do citado benefício, quando preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal.

Cito, a propósito:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. SUPERVENIÊNCIA DE JULGAMENTO DE APELAÇÃO. PEDIDO PREJUDICADO. REGIME PRISIONAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. Sobrevindo o julgamento do recurso de apelação, resta prejudicado o pedido de recorrer em liberdade.

3. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

4. Com base no julgamento do HC 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

5. Hipótese em que a sentença, mantida pelo acórdão que julgou a apelação, referiu-se apenas à gravidade abstrata do tráfico de drogas para fixar o regime inicial fechado e negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

6. O *quantum* da condenação (1 ano e 8 meses), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem à paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea "c", do CP, além da substituição por restritiva de direitos.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais."

(HC 377.765/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 6/6/2017, DJe 13/6/2017).

Superior Tribunal de Justiça

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para fixar o regime aberto para início de cumprimento da pena privativa de liberdade imposta ao paciente, bem como para substituí-la por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Execução.

Comunique-se, **com urgência**, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao Juízo da 20ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro **RIBEIRO DANTAS**
Relator