

**HABEAS CORPUS Nº 543.391 - SP (2019/0329859-9)**

**RELATORA** : **MINISTRA LAURITA VAZ**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
MARIANE VINCHE ZAMPAR  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : VINICIUS ALVES LINACRE (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**EMENTA**

*HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENACÃO. PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PRIMARIEDADE. REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA.

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de VINICIUS ALVES LINACRE contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação n.º 1509907-56.2019.8.26.0228.

Consta dos autos que o Paciente foi preso em flagrante, em 23/04/2019, porque trazia consigo e guardava, para fins de tráfico, 41 (quarenta e uma) porções de maconha, com peso líquido de 88g (oitenta e oito gramas), e 99 (noventa e nove) invólucros de cocaína, com peso líquido de 21,7g (vinte e um gramas e sete centigramas).

Em primeiro grau, foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, à pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, vedado o apelo em liberdade, e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no patamar mínimo legal.

O Tribunal estadual negou provimento ao recurso de apelação interposto pelo Sentenciado, em acórdão assim ementado (fl. 53):

*"Tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33, 'caput', da Lei n.º 11.343/06). Crime caracterizado, integralmente. Flagrante inquestionável.*

*Acondicionamento e quantidade das drogas que revelam*

*comércio. Palavras coerentes e incriminatórias de Policiais Militares. Confissão em Juízo, ademais.*

*Responsabilização inevitável. Necessidade condenatória imperiosa. Apenamento benevolente. Regime inicial fechado único possível. Inviabilidade de substituição da corporal por penas alternativas. Apelo improvido."*

No presente *writ*, a Defensoria Pública Impetrante alega, em síntese, a inidoneidade do fundamento para o agravamento do regime inicial do cumprimento da reprimenda e o da negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Requer, liminarmente e no mérito, a fixação do regime inicial aberto com a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

O pedido liminar foi deferido em parte para assegurar ao Paciente o cumprimento da pena imposta no regime inicial aberto, com as condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais, até o julgamento definitivo deste *writ* (fls. 64-68).

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem de ofício (fls. 126-130).

É o relatório. Decido.

Na hipótese, o Tribunal de origem manteve o regime inicial fechado e a impossibilidade de substituição da pena por restritivas de direitos, sob a seguinte fundamentação (fls. 57-60; sem grifos no original):

**"Quanto ao regime, outro não poderia ser que não o inicial fechado.**

*Não obstante a decisão proferida pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, com declaração da inconstitucionalidade – incidentalmente –, do disposto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, não há como aplicar, 'in casu', regime inicial menos severo.*

*Até em atenção ao art. 33, § 3º, do Código Penal.*

*E também se sabe, malgrado a edição da Súmula nº 719, pela Corte Máxima, que pode perfeitamente e ainda o regime fechado ser o adotado, quando devidamente justificado.*

*Exatamente como na espécie.*

***Afinal, o acusado foi surpreendido, aqui, a dispor à comercialização, além de maconha, de entorpecente de natureza nefasta: cocaína de implacável torpor violento e desmedido, alterador de razões, debilitante do corpo e de desestruturação mental.***

*Tudo a revelar, portanto e enfim, que o tráfico vem, com a falta de rigor na aplicação da Lei, tomando conta da sociedade, a incutir-se como ato corriqueiro e cotidiano, ocorrido aos olhos de todos, sem que o Estado nada faça para punir aqueles que transgridam em plena confiança de impunidade a ordem jurídica em que a legislação se sustenta.*

*Ora.*

*O Direito é, acima de tudo e simplesmente, um fenômeno social, dêz que a própria Justiça é um ideal humano.*

*Assim, as Leis e o ordenamento jurídico são frutos dos anseios de uma sociedade, que visam a proteger seus valores básicos através dos Poderes do Estado.*

*Destarte, se a Lei objetiva recrudescer a situação dada ao traficante, a impor-lhe pena grave, evidente que a atuação do Judiciário não pode perder este norte.*

*O julgador, portanto, agente político que é e com evidente função social, deve guinar a este sentido.*

*Daí que aquele que infringe as normas penais dá um passo transgressor, contrário e desrespeitoso ao seio social em que convive, momento em que fica sujeito, de forma consciente, à atuação do Estado, que deve ser, também, retributiva.*

*Com isso, não se pode jamais perder de vista que o tráfico de drogas trata-se de delito nefasto, que deturpa a sociedade, destrói seres humanos e lares, bem como ampara todo o mundo da criminalidade.*

*Daí que aquele que se dispõe a disseminar entorpecente, cujo vício é odiável e de difícil recuperação, a infligir transtornos não apenas ao próprio dependente, como também a todo seu seio familiar e social, contribui para a destruição da própria sociedade.*

*Merece, por isso, fixação de regime inicial compatível com as circunstâncias e consequências do delito por ele praticado.*

*Ademais, vale dizer.*

*Àquele que é surpreendido em circunstâncias tais como as descritas nos autos, não há como aplicar-se regime mais brando, sob pena de violação ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal), o que não se pode permitir.*

*Garante-se, ao caso concreto, tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais.*

*Daí porque o regime inicial fechado é mais do que aqui indicado.*

**E impossibilitada a substituição da corporal por penas alternativas, como quer a defesa.**

*Isto porque, evidente que a benesse, 'in casu', não ostenta caráter suficientemente retributivo (art. 44, III, do Código Penal).*

*Nem é bastante à reeducação do acusado.*

*Que, em verdade, verá a sua liberdade e branda pena como*

*incentivo a que torne a propagar o tráfico por sua comunidade.*

*Não se pode perder de vista o fato de que, ainda que aplicado o redutor da pena (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006), o crime de tráfico é nefasto e causador de deturpação à sociedade – torne-se a frisar.*

*Assim, tem-se que a aplicação da causa redutora não afasta em nada a extrema gravidade do crime, prevendo apenas abrandamento das reprimendas face à personalidade do réu, jamais por atenção às circunstâncias do delito.*

***Daí, enfim, que aquele que é surpreendido, como aqui, em poder de considerável quantidade de drogas, não pode ser apenado de forma branda.***

*Deve receber reprovação compatível à sua conduta.*

*Tem-se, portanto e por evidente, que a aplicação de restritivas de direitos não condiz com a gravíssima conduta praticada pelo acusado, encontrando óbice no art. 44, III, do Código Penal."*

Cumprе ressaltar que, conforme o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, "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" (HC n.º 118.533/MS, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, TRIBUNAL PLENO, publicado em 19/09/2016).

Ainda que assim não fosse, em 27/06/2012, o Tribunal Pleno da Suprema Corte, no julgamento do HC n.º 111.840/ES, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, declarou incidentalmente, por maioria, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/1990 (redação dada pela Lei n.º 11.464/2007) e afastou a obrigatoriedade apriorística de se fixar o regime inicial fechado para os condenados por tráfico ilícito de drogas.

Assim, independentemente do caráter hediondo do crime, deve o Julgador, ao fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

No caso, verifico que o Réu é primário, a pena-base foi fixada no mínimo legal e a pena definitiva foi estabelecida em *quantum* inferior a 4 (quatro) anos de reclusão. Assim, considerando a pena definitivamente fixada, as circunstâncias judiciais favoráveis e a inexistência de quantidade exorbitante de droga apreendida, o regime inicial de cumprimento de pena seria o **aberto**, não o fechado. Com igual conclusão, cito o seguinte precedente:

**"HABEAS CORPUS. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. SÚMULA N.º 719 DO STF.**

1. *Fixada a pena em seu mínimo legal, inferior a 4 (quatro) anos, não sendo caso de reincidência, e não havendo circunstância judicial desfavorável, tal como reconheceu o acórdão impugnado, não há falar em adoção do regime inicial semiaberto, se o próprio paradigma legal permite a adoção do regime inicial aberto (art. 33, § 2º, c e § 3º c/c art. 59, CP).*

2. *Incidência da Súmula nº 719 do STF: 'A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.'*

3. *Ordem concedida.*

4. *Extensão da ordem, de ofício, ao corrêu.*" (STF, HC 83.613/SP, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, DJe 30/04/2004; sem grifos no original.)

Presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, possível, igualmente, a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

Nesse sentido, há jurisprudência **pacífica** desta Corte Superior em casos semelhantes:

**"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA DE 01 (UM) ANO E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

[...]

*V - Preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, quais sejam, pena não superior à 4 (quatro) anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, réu não reincidente e circunstâncias judiciais favoráveis, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em moldes a serem especificados pelo Juízo a quo."*

"[...]

*Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime prisional aberto, para o início do cumprimento da pena e determinar a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos moldes do artigo 44 do Código Penal, a ser estabelecida pelo MM. Juízo a quo, bem como determinar que o paciente aguarde o trânsito em julgado de sua condenação em liberdade, salvo se estiver preso por outro motivo."* (HC 482.521/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 11/02/2019.)

Ressalto que dessa conclusão não discrepa o Ministério Público Federal, que

# *Superior Tribunal de Justiça*

assim se manifestou (fl. 128):

*"Sendo, contudo, favoráveis as circunstâncias judiciais, inferior a 4 anos a pena aplicada e primário o agente, impõe-se a fixação do regime inicial aberto e a substituição postulada, porquanto preenchidos os requisitos legais."*

Ante o exposto, CONCEDO a ordem de *habeas corpus* para fixar o regime aberto para início de cumprimento de pena privativa de liberdade, bem como para substituí-la por duas penas restritivas de direitos, ficando as condições do regime e a especificação das reprimendas restritivas sob a responsabilidade do Juízo das Execuções Penais.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 29 de novembro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora