

HABEAS CORPUS Nº 532.458 - SP (2019/0270149-1)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : JOSE EDUARDO BARREIROS
ADVOGADO : JOSÉ EDUARDO BARREIROS - SP312634
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DOMICIO AUGUSTO DE SOUZA BARROS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL E MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006 NA FRAÇÃO MÁXIMA. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de DOMICIO AUGUSTO DE SOUZA BARROS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação Criminal n.º 0000718-28.2018.8.26.0596.

Ao que se tem dos autos, o Paciente foi preso em flagrante delito, no dia 11/12/2017, e denunciado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porque:

"transportava, para fins de tráfico, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 70,190g (setenta gramas, cento e noventa miligramas) da droga denominada cocaína, acondicionadas em uma porção; 3,340g (três gramas, quatrocentos e quarenta miligramas) da substância entorpecente 'Cannabis Sativa L', vulgarmente conhecida como maconha, acondicionadas parte em uma porção" (fl. 15).

No dia 08/11/2018, o Réu foi condenado, pela prática de tráfico privilegiado, às penas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo, concedido o direito de recorrer em liberdade porque (fl. 23) *"Respondeu ao processo em liberdade, não havendo, no momento, fundamentos para decretação de sua prisão."*

O Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso defensivo apenas para deferir a gratuidade da justiça, mantendo a sentença condenatória integralmente, em acórdão assim ementado (fl. 26):

Superior Tribunal de Justiça

"APELAÇÃO - Tráfico ilícito de drogas privilegiado - Art. 33, caput e §4º da Lei 11.343/2006 - Autoria e Materialidade comprovadas - Palavra dos Policiais - Militares - Validade - Precedentes - Circunstâncias fáticas que demonstram o comércio ilícito de drogas realizado pelo réu - Impossível a absolvição ou mesmo a desclassificação para o delito de porte de drogas para consumo pessoal como pretende a d. defesa - Pena - Dosimetria - Reprimenda fixada de maneira apropriada - Regime prisional inicial fechado - Adequado à espécie - Gratuidade da Justiça - Deve-se presumir verdadeira a alegação de hipossuficiência formulada por pessoa natural, não sendo suficiente para afastá-la o fato de o réu ter constituído advogado particular Concessão dos benefícios da justiça gratuita - Necessidade - APELO PARCIALMENTE PROVIDO."

Nas razões deste *habeas corpus*, o Impetrante sustenta haver ilegalidade na fixação do regime inicial fechado. Afirmar, ainda, ser cabível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Requer a concessão liminar da ordem para *"DETERMINAR que o regime inicial para cumprimento de pena seja o REGIME ABERTO e seja substituída a pena corpórea por restritivas de direitos"* (fl.14).

Deferi parcialmente o pedido liminar para modificar o regime inicial de cumprimento da pena para o aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais (fls. 43-47).

As judiciosas informações foram dispensadas.

O Ministério Público Federal opinou *"pelo não conhecimento do habeas corpus, ou, subsidiariamente, pela concessão de ordem, para que seja definido o regime inicial aberto e autorizada a substituição da reprimenda corporal por penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo juízo da execução penal"* (fls. 56-60).

É o relatório. Decido.

Na individualização da reprimenda, o Juiz sentenciante, ao fixar a pena e o regime inicial para o seu cumprimento, lançou a seguinte fundamentação (fls. 20-23):

"Passo à dosimetria da pena.

Na primeira fase da dosimetria da pena, atento às circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, conjugado com o artigo 42 da Lei nº 11.343/06, estabeleço a pena-base para o crime de tráfico no mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no piso legal considerando que o réu é primário e todas as demais circunstâncias judiciais mostram-se comuns ao tipo penal

analisado.

Na segunda fase de individualização da pena, não há agravantes ou atenuantes.

Na terceira fase, de rigor a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, porquanto o acusado é primário, não registra antecedentes hábeis a impedir a aplicação do benefício e não há nos autos demonstração inequívoca de que integre organização criminosa e se dedique a atividades ilícitas. Reduzo, pois, a pena em 2/3 (dois terços), perfazendo o montante final de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

Entendo que o regime mais adequado ao cumprimento da reprimenda corporal para o crime de tráfico seja o fechado, haja vista a gravidade dos crimes que colocam em perigo a vida e a saúde pública, não se podendo falar, ainda, em substituição da pena privativa de liberdade, por restritivas de direitos, em casos como o trazido a julgamento, relativamente ao crime equiparado a hediondo, de tráfico ilícito de entorpecentes.

[...]

No caso nos autos, analisando as circunstâncias objetivas da infração cometida, entendo que não seja o caso de fixar regime menos gravoso, embora a pena aplicada permita, objetivamente, referida fixação, nos termos do artigo 33, e incisos, do Código Penal. Ora, o crime de tráfico ilícito de entorpecentes é equiparado a hediondo, sendo de extrema gravidade, gerando consequências deletérias às famílias de dependentes químicos, bem como de toda a sociedade, pois o tráfico ilícito de entorpecentes é a mola propulsora de diversos crimes, em especial aqueles contra o patrimônio, tais como furtos, roubos, extorsões e latrocínios.

Ademais, o tráfico de drogas objetiva quase sempre crianças e adolescentes, os quais ainda possuem personalidade em formação, acarretando, consequentemente, desestruturação de toda uma geração, em evidente prejuízo ao progresso e desenvolvimento sociais.

Aliás, deve ser ressaltado que, o simples fato de se aplicar o redutor previsto no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06 não implica, inexoravelmente, em direito subjetivo do acusado à fixação de regime menos gravoso, o qual se dá nos termos já esposados, em cotejo com o disposto no artigo 59 do Código Penal e no artigo 42 da Lei nº 11.343/06. A propósito, nesse sentido a jurisprudência, destacando-se que o segundo argumento continua plenamente válido, in verbis:

'No concernente ao regime prisional impositivo à espécie, também se mostra correta a fixação do inicial fechado (Lei nº 11.464/07), por duas razões principais: a uma, porque o regime fechado foi determinado de forma precisa e correta, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal e, a duas, porque o crime de

tráfico de entorpecentes equiparado a hediondo, não se sujeita a regime mais brando, pois, como público e notório, provoca o recrudesimento da violência e da intranquilidade social, além da desagregação da instituição familiar.' (TJSP, *Apelação nº 0011111-87.2008.8.26.0361, 12ª Câmara de Direito Criminal, Rel: Des. Paulo Rossi, j. 1º/07/2009, grifei*).

Portanto, no caso dos autos, em obediência ao princípio da individualização da pena, entendo não haver outro regime adequado ao início de cumprimento da reprimenda corporal que não o REGIME INICIAL FECHADO, nos termos do artigo 33, § 1º, alínea a, do Código Penal."

Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim consignou (fls. 34-37):

"Quanto ao regime prisional, acertada a fixação de regime fechado para início do desconto da sanção carcerária.

Isso porque se trata do cometimento do delito de tráfico ilícito de drogas, o qual denota uma conduta absolutamente perniciosa à sociedade, sobretudo por contribuir com a disseminação da substância ilícita entre a população, fato que, por alcançar patamares insuportáveis, coloca em risco, inclusive, a tranquilidade social e a ordem pública, mormente por ser causa mediata de vários outros delitos, notadamente aqueles de natureza patrimonial.

Conjugada à gravidade abstrata do delito, tem-se que a variedade e quantidade de drogas apreendidas com o réu (0,190g de cocaína e 3,340g de maconha) evidenciam maior reprovabilidade da sua conduta, sendo que outra não poderia ser a resposta estatal no caso concreto.

[...]

Demais disso, mostra-se incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto adstrita às hipóteses em que presentes os requisitos subjetivos, bem como os motivos e circunstâncias da prática delitiva mostra-se suficiente à prevenção e reprovação do crime, tornando socialmente recomendável sua aplicação.

Aliás, bem ressaltou o Eminentíssimo Desembargador Ricardo Tucunduva, '...o tráfico de drogas é delito incompatível com tais benefícios, podendo o legislador, então impor maior rigor na sanção aplicada aos seus infratores, em prol dos interesses da população ordeira e trabalhadora de nosso país...'

[...]

Em acréscimo à gravidade abstrata do delito, no caso em concreto o réu foi surpreendido com 0,190g de cocaína e 3,340g de maconha, hipótese que, à evidência, indica maior reprovabilidade da sua

conduta, bem como torna social e juridicamente não recomendável a substituição da sanção carcerária por penas restritivas de direitos (artigo 44, inciso III, do Código Penal)."

Cumprе ressaltar que, 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 8.072/90 (redação dada pela Lei n.º 11.464/2007) e afastou a obrigatoriedade 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.

Na hipótese, verifica-se 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, ou seja, em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão. Assim, considerando a pena definitivamente fixada, as circunstâncias judiciais favoráveis e a quantidade e qualidade da droga apreendida (23 buchas de maconha), o regime inicial de cumprimento de pena deve ser o **aberto**. Com igual conclusão, cito 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 corréu." (STF, HC 83.613/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, DJ de 30/04/2004; sem grifos no original.)

Ademais, mostra-se socialmente recomendável a substituição de pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, pois verifica-se que foram consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, além disso, o Paciente é primário e não foi apreendida quantidade expressiva de entorpecentes,

Superior Tribunal de Justiça

aplicando-se a minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006.

Ilustrativamente, cito os seguintes precedentes: AgRg no AREsp n.º 1.235.920/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe 10/08/2018; e HC n.º 359.813/RS, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe 22/06/2018.

Ante o exposto, CONCEDO a ordem de *habeas corpus* para, ratificando a liminar, fixar o **regime aberto** como regime inicial para o cumprimento de pena e **conceder a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos**, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora