

**HABEAS CORPUS Nº 535.191 - SP (2019/0285772-3)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**ANNA CECILIA SILVA FERREIRA DE OLIVEIRA -**  
**SP259961**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO**  
**PAULO**  
**PACIENTE : GILVAN CORREIA LIMA**  
**INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**DECISÃO**

**GILVAN CORREIA LIMA** alega sofrer coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação Criminal n. 0004892-71.2014.8.26.0224.

Consta dos autos que o insurgente foi condenado, em primeira instância, **a 1 ano e 8 meses de reclusão**, em regime **fechado**, mais multa, pela prática do delito previsto no **art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006**.

O Tribunal de origem negou provimento ao recurso defensivo e manteve a sentença condenatória em todos os seus termos (fl. 12-20).

Neste *writ*, o impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, por **ausência de fundamentação para a imposição do regime prisional fechado, para a não aplicação da detração e para a negativa de substituição da reprimenda por penas alternativas**.

Requer a aplicação da detração, a confirmação do regime prisional mais favorável e a substituição da sanção por medidas restritivas de direitos.

**Decido.**

O Tribunal de origem manteve a imposição do regime mais gravoso e o afastamento da substituição da pena pelos seguintes

fundamentos (fls. 15-18):

Não é possível, outrossim, acolher o pleito defensivo de alteração do regime inicial de cumprimento de pena aplicado no édito condenatório. De fato, o artigo 33 do Código Penal não se atém unicamente ao montante da pena e à primariedade para indicar o regime inicial adequado. Deve o Magistrado atentar-se, também, às circunstâncias específicas relativas ao delito cometido e à personalidade do agente. *In casu*, como já consignado, trata-se de acusado que passou a dedicar-se ao tráfico de drogas, transformando a atividade ilícita em seu meio de vida. Compunha, ficou evidenciado, sistema organizado de distribuição de entorpecentes, denotando periculosidade social do agente e alta lesividade da conduta.

Em casos como os dos autos, a fixação de regime inicial fechado é de suma importância para a prevenção e a repressão do crime de tráfico de drogas em nosso país, o qual vem assumindo uma proporção sem precedentes, além de merecer a conduta do acusado maior repressão por parte do Estado. A imposição de regime fechado para início do cumprimento da pena é o reflexo esperado por conta do tratamento mais rigoroso dado pela Constituição da República ao crime de tráfico ilícito de drogas que, inclusive, é equiparado à categoria de crime hediondo.

Nesse sentido, a Constituição Federal reserva tratamento especialmente severo ao tráfico ilícito de entorpecentes nos artigos 5º, inc. XLIII e LI, e artigo 243, parágrafo único. Na mesma toada caminhou o legislador infraconstitucional ao submeter os autores desta espécie de delito às previsões específicas e mais rigorosas preconizadas pela Lei nº 8.072/90.

O tratamento mais severo configura eficiente medida politico-criminal, harmonizando a legislação brasileira aos Tratados Internacionais de que o país é signatário, referentes ao combate contra a traficância ilícita, sobretudo diante do alto índice de drogas produzidas no país e a localização estratégica do Brasil como rota para a entrada e saída de entorpecentes para distribuição nacional e internacional. E neste ponto, a aplicação de regime mais brando vai de encontro ao tratamento austero e rígido que vem expresso pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Tampouco há que se falar em alteração do regime inicial por considerar-se o tempo de pena cumprido pelo Apelante em

caráter provisório. A detração deverá ser pleiteada perante o Juízo das Execuções, por ser o competente para análise da matéria, nos termos do artigo 66, inciso III, da Lei de Execução Penal. De fato, somente em sede de execução penal será possível a atualização precisa do cálculo de penas e a análise do mérito do sentenciado durante o cumprimento de sua reprimenda, a viabilizar a verificação do adimplemento dos requisitos objetivo e subjetivo para a progressão de regime.

[...]

Inviável, também, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Com efeito, os artigos 33, § 4º, e 44, *caput*, ambos da Lei nº 11.343/06, impedem que os condenados pela prática dos crimes definidos nos artigos 33, *caput*, e inciso I, e artigos 34 a 37, todos da referida Lei de entorpecentes, sejam beneficiados com a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Nada obstante o teor da recente resolução do Senado Federal, que suspendeu a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, arrimado na decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou inconstitucional a vedação legal à substituição para o crime de tráfico, no julgamento do Habeas Corpus nº 97.256/RS, o posicionamento parece não refletir a conjuntura expectável frente à forte política de combate ao tráfico de entorpecentes implementada pelo Estado.

Note-se que o próprio artigo 44, do Código Penal estipula casos específicos em que não é permitida a substituição da pena, obstando a concessão do beneplácito legal a casos em que a substituição não tem o condão de alcançar os fins colimados com a aplicação da pena e da lei penal. E nesse ponto, a aplicação de uma medida tão branda e complacente vai de encontro ao tratamento austero e rígido que vem expresso pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, a impossibilidade de se aplicar a substituição ao grave crime de tráfico ilícito de entorpecentes, que tanto assola a comunidade, fica evidente com a interpretação sistêmica do ordenamento jurídico nacional, concluindo-se pela vedação como reflexo esperado ao tratamento mais rigoroso dado pela Constituição da República e pela legislação ordinária ao crime de tráfico de drogas.

Dessa forma, resulta ilógico substituir penas privativas de liberdade para impor sanções restritivas de direitos a

condenados por crimes hediondos, sob pena de se esvaziar o tratamento dado que a Lei buscou propiciar a fim de concretizar a política criminal voltada a dirimir a traficância de entorpecentes, que, a propósito, envolve sempre outras práticas delitivas execráveis que tanto devastam o país como a corrupção de agentes públicos, o tráfico de armas, delitos contra a pessoa, contra a vida, contra a fé pública etc.

Uma vez reconhecida, incidentalmente, a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (STF, HC n. 111.840/ES, DJe 17/12/2013), a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como, por exemplo, a quantidade, a natureza e/ou a diversidade de drogas apreendidas), para que, então, seja fixado o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33 e parágrafos do Código Penal – com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Conforme visto, a instância ordinária considerou devida a fixação do regime inicial mais gravoso e negou a conversão das penas, com fundamento, tão somente, **na gravidade abstrata do delito e na hediondez do delito**, sem, no entanto, apontar elementos concretos dos autos que, efetivamente, evidenciassem a imprescindibilidade de imposição do regime fechado.

Assim, uma vez que o paciente era tecnicamente primário ao tempo do delito, teve a pena-base fixada no mínimo legal, foi condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, foi agraciado com a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 – a qual visa, justamente, a beneficiar o "traficante ocasional" –, entendo que **o regime aberto** é, efetivamente, o que se mostra o mais adequado para a prevenção e a repressão do ato criminoso praticado, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.

Da mesma forma, considero que a favorabilidade das circunstâncias mencionadas evidencia que a substituição da reprimenda se mostra medida socialmente recomendável, nos termos do art. 44, III, do Código Penal, de maneira que deve ser concedida a ordem também para determinar a substituição da privativa de liberdade por **duas** restritivas de

direitos, **as quais deverão ser estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais**, à luz das peculiaridades da matéria.

Por fim, uma vez fixado o modo menos gravoso para cumprimento da pena, fica prejudicada a análise da tese relativa à detração.

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **concedo a ordem** para fixar o regime aberto de cumprimento de pena e determinar a substituição da reprimenda por duas restritivas de direitos, a serem escolhidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Comunique-se, com urgência, o inteiro teor desta decisão às instâncias ordinárias para as providências cabíveis.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**