HABEAS CORPUS Nº 535.097 - SP (2019/0284969-4)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO PIETRO DA SILVA ESTABILE - RJ138750
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ROBERTO DAMIAO DOMINGUES DE OLIVEIRA FILHO (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. NÃO INCIDÊNCIA. PRIMARIEDADE E PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 (QUATRO) E INFERIOR A 8 (OITO) ANOS. IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. REGIME SEMIABERTO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO PREVISTO NO ART. 44, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ROBERTO DAMIÃO DOMINGUES DE OLIVEIRA FILHO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação Criminal n.º 0001170-31.2017.8.26.0545.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, pois foi surpreendido com "*30 (trinta) porções de maconha, com massa aproximada de 57 (cinquenta e sete) gramas, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar*" (fl. 42).

O Tribunal de origem negou provimento ao recurso de apelação interposto pela Defesa, nos termos do acórdão de fls. 24-29.

No presente *writ*, a Impetrante sustenta, inicialmente, que, apesar de ter

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: CEAAF0D1-1DE5-475B-8220-7831817C6AEC

sido reconhecida a primariedade e os bons antecedentes do Acusado, tanto que fixada a pena-base no mínimo legal, as instâncias ordinárias deixaram de aplicar a causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas por entenderem que o fato de o Paciente ostentar registro de ato infracional anterior denotaria que ele se dedicava a atividades criminosas, além de não ter comprovado atividade lícita (fl. 7).

Ressalta, entretanto, que o Paciente é primário e portador de bons antecedentes, conforme demonstrado em sua ficha de antecedentes.

Afirma que "[n]*ão há qualquer indício que leve a segura conclusão de que o paciente integrava organização criminosa ou ainda que se dedicasse à prática de atividades ilícitas contínuas*" (fls. 7-8).

Aduz, ainda, que "*a mera quantidade e nocividade de drogas arrecadadas não podem impedir o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado, nem para aferir qualquer grau de dedicação do sentenciado em práticas delitivas, ainda mais quando o montante de drogas for ínfimo e quando restarem satisfeitas as condições necessárias ao deferimento do benefício*" (fl. 10).

Conclui, assim, que, em razão da ausência de comprovação de dedicação do Paciente a atividades criminosas, faz jus à aplicação do redutor previsto no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 (fl. 12).

Assevera, também, ser de rigor a alteração do regime prisional inicial imposto ao Paciente.

Salienta que "[a] *fixação do equipamento prisional deve ser vinculada aos critérios definidos no artigo 33, §2º e §3º, do Código Penal*", razão pela qual, "*sendo o paciente primário, além da pena concreta declinar-se inferior ao limite de 08 (oito) anos, faz ele jus a aparato prisional mais brando*" (fls. 16-17).

Argumenta que a imposição obrigatória do regime inicial fechado aos delitos hediondos e equiparados é inconstitucional, bem como que a gravidade abstrata do delito não constitui fundamento idôneo para a fixação do modo carcerário mais gravoso, nos termos da Súmula n.º 440 do Superior Tribunal de Justiça e da Súmula n.º 718 do Supremo Tribunal Federal.

Aduz, ademais, que, em razão da inconstitucionalidade do art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, da resolução do Senado, bem como do preenchimento dos requisitos

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: CEAAF0D1-1DE5-475B-8220-7831817C6AEC

necessários à substituição da pena de prisão (art. 44 do Código Penal), de rigor a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fl. 20).

Requer a concessão da liminar para fim de que seja expedido contramandado de prisão, "*de modo a autorizar que o paciente em questão aguarde em liberdade até o julgamento definitivo da ordem*" (fl. 23). No mérito, postula a "*aplicação do redutor do tráfico privilegiado, descrito no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06,* [...] *a fixação de regime prisional compatível com a quantidade de pena empregada e a análise da possibilidade de substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos*" (fl. 23).

O pedido liminar foi parcialmente deferido para fixar o regime semiaberto (fls. 111-117).

As informações foram prestadas às fls. 126-198.

O Ministério Público Federal, por meio de parecer de fls. 202-211, manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* e pela concessão da ordem de ofício.

É o relatório.

Decido.

De início, quanto à pretensão de incidência da minorante prevista no 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, não se constata ilegalidade patente que enseje a concessão da medida liminar. Com efeito, ao manter a sentença condenatória, o Tribunal *a quo* consignou que "*o réu fazia da atividade criminosa o seu meio de vida, conforme bem fundamentou o douto Magistrado, isto porque não comprovou atividade lícita que lhe possibilitasse a manutenção e, quando menor de idade, praticou ato infracional equiparada ao crime de tráfico de drogas*" (fl. 29).

No caso, não deixo de reconhecer que o Paciente foi apreendido com quantidade não expressiva de drogas – 57g de maconha. Entretanto, o entendimento exarado pelas instâncias ordinárias está em conformidade com a jurisprudência desta Corte, firmada no sentido de que:

> "[**A**] ***existência de atos infracionais praticados pelo agente***, *embora não caracterizem reincidência ou maus antecedentes,* ***podem denotar dedicação às atividades criminosas, de modo a justificar a negativa da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, ante o não preenchimento dos requisitos legais***. *(AgRg no REsp 1.560.667/SC, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 23/10/2017).*" (AgRg no HC 466.681/MS, Rel. Ministro NEFI

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: CEAAF0D1-1DE5-475B-8220-7831817C6AEC

CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe 02/04/2019; sem grifos no original).

Ademais, a Impetrante não se incumbiu de comprovar que o Paciente, "*quando menor de idade,* [não] *praticou ato infracional equiparado ao crime de tráfico de drogas*" (fl. 29).

De outra parte, a sentença primeva, no que tange ao regime prisional, adotou a fundamentação a seguir transcrita (fls. 46-47):

> "[...]
>
> *De acordo com o disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal fixo o regime inicial fechado para cumprimento da pena. Pelas mesmas razões, porque as circunstâncias indicam que a substituição da pena por restritiva de direitos mostra-se insuficiente, deixo de conceder o benefício ao condenado.*
>
> *A Constituição Federal, ao determinar em cláusula pétrea (art. 5º, XLIII) que a lei considerará inafiançável e insuscetível de graça, anistia ou indulto o crime de tráfico de drogas, buscou dar maior rigorismo ao tratamento a autores de tal delito. Ora, se o traficante processado não pode ser beneficiado com a fiança, mostra-se contrassenso àquele condenado pelo crime de tráfico de drogas ser concedido regime diverso do fechado. O crime de tráfico, como se sabe, é gerador da criminalidade violenta e atualmente é cada vez maior o número de famílias segregadas pela dependência química de um ou mais familiares. São filhos que agridem os pais cotidianamente para conseguir ínfima quantia de cada vez visando sustentar o vício, além daqueles que subtraem bens da própria residência para o mesmo fim. Tudo alimentado por condutas como as do réu. Ora, as sequelas do crime são tão deletérias e perenes à sociedade que não se pode admitir que o traficante seja beneficiado com a substituição de sua pena por restritiva de direitos, no mais das vezes por prestação de serviços a esta comunidade que se vê tão severamente atingida pelo delito, equiparado a hediondo. As consequências do tráfico mostram-se muito mais graves e duradouras do que, por exemplo, o roubo de um telefone celular mediante grave ameaça, crime este insuscetível de benefícios como a substituição da pena por restritiva de direitos.*
>
> *A sociedade não pode, por política criminal e para que o sistema penitenciário seja desafogado, sem que para isso sejam tomadas as medidas necessárias do Poder competente, ver-se desarmada e à mercê de traficantes que, depois de condenados são beneficiados com regime aberto ou, pior, por benefício previsto pelo legislador para crimes sem gravidade. O só fato de ser considerado crime cometido sem violência ou grave ameaça não afasta a hediondez do delito e sua extremada gravidade, não havendo regime diverso que o fechado que atenda ao binômio reprovação-prevenção previsto no artigo 59 do Código Penal.*
>
> *Deve-se ressaltar, ainda, a irrelevância da consideração de se*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: CEAAF0D1-1DE5-475B-8220-7831817C6AEC

> *tratar este ou aquele* 'pequeno traficante'. *Primeiro porque o* 'grande traficante' *não vai ele próprio traficar, se valendo dos* 'pequenos', *da distribuição. Premiar o pequeno é premiar o grande. O* 'pequeno traficante' *somente não é* 'grande' *porque não pode, porque sua situação financeira ainda não o permite traficar uma tonelada de droga, mas tão-somente cinquenta, cem gramas, ou como no presente caso, quase duzentos e setenta gramas. Punir somente o* 'grande traficante' *é incentivar, fomentar, via Estado, o fracionamento do tráfico. Comiseração deve valer para as famílias que sofrem pela atuação dos* 'pequenos traficantes'. *O* 'pequeno traficante', *assim como o* 'grande' *desrespeita as regras elementares de convivência em sociedade, devendo ser ressaltado, ainda, que a atuação do* 'pequeno traficante' *já basta para viciar uma pessoa e destruí-la, assim como sua família. Assim, não convence e não pode ser aceita a tese de que o* 'pequeno traficante' *deve ser beneficiado. Não há* 'pequeno' *ou* 'grande traficante'. *Há traficantes.* [...]"

E, ao manter o regime inicial fechado, o Tribunal de origem asseverou o que se segue (fl. 29):

> "[...]
> *O regime prisional fixado, qual seja, o inicial fechado, deve prevalecer, levando-se em conta a Lei 11.464, de 28 de março de 2007, que alterou a redação do artigo 2º da Lei 8072/90, permitindo a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados. Desse modo, inviável, a fixação de regime mais brando para o cumprimento da reprimenda, tendo em vista que o fechado é o único capaz de prover ressocialização ao increpado, tendo em vista que suas limitações são as mais rigorosas possíveis, ensejando a reflexão e a repressão do impulso delitivo*."

Como se vê, o Juízo sentenciante deixou de aplicar entendimento fixado, em 27 de junho de 2012, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, quando a Corte 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. Confira-se a ementa do julgado:

> "**Habeas corpus.** ***Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto***

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: CEAAF0D1-1DE5-475B-8220-7831817C6AEC

> ***para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida***.
>
> *1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.*
>
> *2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.*
>
> *3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea* b, *deve ser o semiaberto.*
>
> *4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.*
>
> *5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que* '[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado'. ***Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito* ex nunc, *da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado.***" (sem grifos no original.)

Na ocasião, estabeleceu o Supremo Tribunal Federal que o § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/1990 vai de encontro ao princípio constitucional da individualização da pena, previsto no art. 5.º, inciso XLVI, da Constituição da República, porquanto cabe ao Magistrado particularizar a reprimenda do condenado, conforme as circunstâncias do caso concreto. No ponto, transcrevam-se os seguintes fundamentos do voto do Ministro Relator DIAS TOFFOLI, *in verbis*:

> *"No inciso XLIII do rol das garantias constitucionais – artigo 5º – afastam-se, tão somente, a fiança, a graça e a anistia, assegurando-se, em inciso posterior (XLVI), de forma abrangente, sem excepcionar essa ou aquela prática delituosa, a individualização da pena. No tocante ao tema, assinalo que, a partir do julgamento do HC nº 82.959/SP (Tribunal Pleno, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 1º/9/06), esta Corte Suprema passou a admitir a possibilidade de progressão de regime aos*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: CEAAF0D1-1DE5-475B-8220-7831817C6AEC

> *condenados pela prática de crimes hediondos, dada a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Tal possibilidade veio a ser acolhida posteriormente pela Lei nº 11.464/07, que modificou a Lei nº 8.072/90, positivando-se, desse modo, a possibilidade da mencionada progressão. Contudo, como já dito, essa lei estipulou que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados fosse, obrigatoriamente, cumprida inicialmente no regime fechado. Tal como já indagado no julgamento do HC nº 82.959/SP, tinha e tem o legislador ordinário poder para isso estabelecer? A minha resposta é negativa. Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, o qual foi modificado pela Lei nº 11.464/07.*"

Por sua vez, o Tribunal de origem manteve o regime prisional fechado com base em fundamento que considero inidôneo, lastreado na gravidade *in abstrato* do delito.

Ressalte-se que a questão acerca do regime prisional ora discutida tem sido apreciada repetidas vezes pelo Superior Tribunal de Justiça, o que culminou na edição da Súmula n.º 440, segundo a qual, "*fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito*".

No mesmo sentido, têm sido os reiterados julgados do Supremo Tribunal Federal, cuja jurisprudência está espelhada nos Verbetes Sumulares n.os 718 e 719, respectivamente, *in verbis*:

> "*A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.*"
>
> "*A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*"

Assim, observada a quantidade de pena de 5 (cinco) anos de reclusão, bem como a fixação da pena-base no mínimo legal e a primariedade do Paciente, em atenção ao disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal, entendo cabível a fixação liminar do regime semiaberto.

No que se refere ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, a manutenção da pena aplicada (5 anos de reclusão)

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: CEAAF0D1-1DE5-475B-8220-7831817C6AEC

impede a concessão do instituto, em razão do não preenchimento do requisito objetivo, nos termos do art. 44, inciso I, do Código Penal.

Ante o exposto, CONCEDO EM PARTE a ordem de *habeas corpus* para confirmar a decisão liminar e, por conseguinte, assegurar ao Paciente o cumprimento da pena no regime inicial semiaberto, se por outro motivo não estiver preso em regime mais gravoso.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 03 de dezembro de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: CEAAF0D1-1DE5-475B-8220-7831817C6AEC