HABEAS CORPUS Nº 542.553 - SP (2019/0323714-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO JULIANA MARTINS DE CARVALHO MONNERAT - SP225741
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	IVAN DOS SANTOS FERMINO
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de IVAN DOS SANTOS FERMINO, em face de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que deu provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público estadual na origem, conforme a seguinte ementa (fl. 49):

> Apelação Criminal Recurso ministerial Tráfico Ilícito de Entorpecentes. PENAS Adequação Pena-base acima do mínimo legal Atenuante da confissão espontânea Afastamento da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06 Regime fechado - O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade. Provido em parte o apelo ministerial.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática do crime tipificado no artigo 33, *caput*, com aplicação do §4° do mesmo artigo, ambos da Lei 11.343/2006.

Em sede de apelação, a sentença foi reformada para condenar o paciente à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado.

O impetrante requer a redução da pena em 2/3, com base no artigo 33, §4°, da Lei 11.343/2006, a fixação do regime aberto ou semiaberto e a substituição da pena corporal por penas restritivas de direito, sob o argumento de ausência de fundamentação idônea pelo Tribunal local para o afastamento da redutora e para a fixação do regime mais gravoso.

A liminar foi indeferida.

As informações foram prestadas.

O parecer do Ministério Público foi pela parcial concessão da ordem apenas para que seja fixado o regime inicial semiaberto.

É o relatório.

DECIDO.

Relativamente à causa de diminuição da pena pelo tráfico privilegiado,

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: 1F7FAA95-96C2-4D44-A4EE-35D7CD049478

ao regime inicial de cumprimento da pena e à substituição da pena corporal por penas restritivas de direito, a sentença foi assim fundamentada (fls. 24/25):

> [...]
> **Na primeira fase, em virtude da variedade e quantidade de drogas, exaspero a pena em 1/8**, fazendo com que chegue a 6 anos e 3 meses de reclusão e 625 dias-multa.
> Na segunda fase, a confissão do réu faz com que a pena retorne ao mínimo, diante do enunciado da súmula 231 do STJ.
> **Na terceira fase, incidente o redutor previsto no § 4º do art. 33, em seu patamar máximo, que faz a pena atingir 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.**
> **Tendo em vista a primariedade do acusado, bem como a circunstância de que estava traficando de forma absolutamente eventual, apenas por dificuldades financeiras, entendo, excepcionalmente, aplicável a substituição de pena ao caso. A substituição deve ser reservada para os casos em que o agente revele grande possibilidade de reinserção social sem que seja apenado com a pena privativa de liberdade. A meu ver, é o caso dos autos, no qual o réu apenas traficava para resolver uma situação de desemprego momentâneo, e em apenas um dia. Ao que tudo indica, a prática do crime foi fato isolado em sua vida.**
> **Substituto, assim, a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e pagamento de pena pecuniária no valor de R$ 937,00, que poderá ser feito em até 5 parcelas iguais. A primeira parcela deve ser paga no máximo até dois meses após o trânsito em julgado da condenação.**
> **Em caso de descumprimento da pena restritiva de direitos, fixo como regime inicial para cumprimento de pena o semiaberto, conjugando-se elementos como as circunstâncias judiciais (quantidade e variedade de droga), a quantidade de pena aplicada, a primariedade do acusado e a confissão.**
> Diante do exposto, julgo PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal e CONDENO o réu IVAN DOS SANTOS FERMINO, qualificado nos autos, como incurso no artigo 33, caput, com aplicação do § 4º do mesmo artigo, ambos da Lei nº 11.343/06, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 166 dias-multa, sendo calculada a pena pecuniária na forma prevista e no valor mínimo fixado pelo artigo 43 da Lei 11.343/06, por não existirem razões para sua exacerbação. SUBSTITUO a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, quais sejam: i) prestação de serviços à comunidade, à razão de uma hora de trabalho para cada dia de pena (detraído o período que o acusado ficou preso) a ser cumprida na forma determinada pelo juízo das execuções criminais e ii) pagamento de pena pecuniária no valor de R$ 937,00, que poderá ser feito em até 5 parcelas iguais; a primeira parcela deve ser paga no máximo até dois meses após o trânsito em julgado da condenação.

Acerca dos referidos pontos, o acórdão foi assim fundamentado (fls. 50/55):

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: 1F7FAA95-96C2-4D44-A4EE-35D7CD049478

O recurso comporta parcial provimento.

Com efeito, consta da denúncia que, no dia 08 de março de 2017, por volta das 10h30min, na Estrada dom João Nery, altura do numeral 4150, Lageado, nesta Capital, IVAN DOS SANTOS FERMINO foi surpreendido por policiais militares em patrulhamento ostensivo quando trazia consigo, para fins de tráfico e consumo de terceiros, 04 invólucros plásticos contendo **maconha, com peso líquido de 183,9 gramas, e dois invólucros plásticos contendo cocaína, com peso líquido de 198,9 gramas, substâncias estas entorpecentes, capazes de determinar dependência física ou psíquica em seus usuários, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar** (fls. 83/84).

A pena fixada, no entanto, merece reparo.

A pena-base foi fixada 1/4 acima do mínimo legal, em 06 anos e 03 meses de reclusão e pagamento de 625 dias-multa, no valor unitário mínimo, **em razão da quantidade e variedade de drogas.**

Não assiste razão ao Membro do Ministério Público ao pleitear a majoração da pena-base. Isso porque, considerar a natureza das drogas para majorar a pena-base e também para afastar o redutor, seria incorrer em imperdoável bis in idem.

Presente a atenuante da confissão espontânea, a pena retornou ao seu mínimo de 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no piso.

Na terceira fase, o Juízo "a quo" reconheceu a causa de diminuição de pena prevista no §4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, reduzindo a reprimenda em 2/3, para resultar em 01 ano e 08 meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Contudo, nesse ponto, tem razão o representante do Ministério Público, ao postular o afastamento desta causa de diminuição.

Na realidade, a meu ver, o réu não faz jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006.

Ora, apesar de serem poucos os invólucros de entorpecentes, evidente que a intenção era o seu fracionamento para entrega a consumo de terceiros.

Com o réu, foram apreendidos quase 200 gramas de cocaína, isso sem contar a quantidade de maconha. Com referido peso, é possível o seu fracionamento em, pelo menos, 200 eppendorfs.

Observo ainda a natureza de parte do entorpecente apreendido em poder do réu, qual seja, cocaína, de alto poder vulnerante.

Frise-se, ainda, a destinação da droga, que era estabelecimento prisional, de acordo com a própria confissão do apelado.

Importante ressaltar que o benefício previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, não é direito subjetivo do acusado. O legislador, ao adotar a expressão "poderão", quis demonstrar, com todas as letras, que se trata de mera faculdade do Juiz sentenciante, que, na dosimetria da pena, tem, obrigatoriamente, de seguir a diretriz prevista no artigo 42 da referida lei, que demonstra como a pena deve ser aplicada.

Em outras palavras, se o legislador entendesse que a benesse acima mencionada era direito do réu, teria usado a palavra "deverão", oriunda do verbo "dever", que significa obrigação, necessidade, etc.

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: 1F7FAA95-96C2-4D44-A4EE-35D7CD049478

Assim, como o texto do artigo 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, está redigido que "as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços", não há qualquer dúvida que a concessão do benefício depende do livre arbítrio do Juiz, que, como já dissemos acima, tem de levar em consideração o artigo 59, caput, do Código Penal, e também o artigo 42, da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

Logo, afasta-se a aplicação do benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, resultando a pena, em definitivo, no patamar de 05 anos de reclusão, e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo.

O regime inicial fechado é o único adequado no presente caso.

A Lei nº 11.343/06, ou seja, lei de drogas, é uma legislação especial em relação ao Código Penal, que é uma lei de caráter geral.

Assim sendo, por se tratar a Lei nº 11.343/06 de uma lei especial, o legislador pode nela inserir dispositivos, como por exemplo, proibir a conversão da pena privativa de liberdade, por restritivas de direitos, seja qual for a quantidade de entorpecente apreendida com o autor do crime, justamente por ser uma norma especial, isto é, foi criada com o objetivo específico de reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes. Muito ao contrário do Estatuto Penal, que dita regras sobre centenas de condutas ilícitas.

Desta forma, com base na técnica processual, não vejo qualquer desrespeito à Resolução nº 5/2012 do Senado Federal, publicada em 16 de fevereiro de 2012, que foi originada pela decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal, nos autos de Habeas Corpus nº 97.256/RS, que suspendeu a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", contida no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06.

Ademais, pela experiência de mais de trinta anos como Juiz Criminal, tenho visto ao longo de todos esses anos, ao julgar casos de tráfico ilícito de entorpecentes, que o indivíduo que vende as drogas para os viciados jamais foram os grandes traficantes, alguns dos quais, como v.g., "Fernandinho Beiramar", se encontram atrás das grades, porém, pessoas que geralmente levam consigo pequenas quantidades de tóxicos, numa só modalidade, como cocaína ou, então, diversificadas em mínimas porções de cocaína, "crack" e maconha.

Assim, não vejo diferença entre o grande traficante que é aquele que apenas distribui a droga para que outros, chamados de "mulas", negociem a mesma junto aos viciados.

É óbvio que, como vimos no parágrafo anterior, o crime é o mesmo do "caput" do art. 33, da Lei nº 11.343/06, portanto, como já disse alhures, não é possível a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos.

Quanto ao regime prisional, da mesma forma, por se tratar a lei de tóxicos de lei especial, em relação ao Código Penal, o legislador tem o direito de fixar o regime fechado.

De outra banda, nem poderia se entender de outra forma, ou seja, permitir aos condenados a penas privativas de liberdade inferiores a 4 anos, iniciar o cumprimento da reprimenda em regime aberto, uma vez que tal exigência decorre de norma legal, ou seja, a Lei nº 8.072/90, com

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: 1F7FAA95-96C2-4D44-A4EE-35D7CD049478

> **a modificação introduzida pela Lei nº 11.464/07.**
> Aliás, a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLIII, dispõe:
>
> > "a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem."
>
> **Logo, há uma velha regra de Direito que diz que "quem pode o mais, pode o menos". Assim, no caso ora sob exame, se aos crimes de tráfico de entorpecentes não são permitidos a concessão de fiança, nem da obtenção de graça ou anistia, é óbvio que o menos será o regime prisional. Portanto, se para tais crimes o regime obrigatório é o inicial fechado, não é possível conceder-se regime mais brando aos apenados por tais crimes.**
> **Para finalizar, de todo o exposto, se depreende que, na verdade, o legislador não obrigou o juiz a conceder outro regime que não seja o fechado ou, então, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos; ele apenas deixou a critério do juiz que ao analisar o perfil do acusado, de acordo com o disposto no art. 42, da Lei nº 11.343/06 e também pelo disposto no art. 59 e seus incisos, do Código Penal, se tais benefícios serão concedidos ou não.**
> **No caso em concreto, feita a análise da conduta do acusado, não vejo como conceder uma pena privativa de liberdade em regime diverso do inicial fechado e muito menos substituir essa pena por outras restritivas de direitos.**
> **Portanto, necessária a fixação do regime inicial fechado.**
> **Por outro lado, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por não atendimento aos requisitos do art. 44 do Código Penal.**
> Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso ministerial para afastar o redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006 aplicado ao réu IVAN DOS SANTOS FERMINO, totalizando a pena de 05 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo, por infração ao artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, cassando-se a conversão em restritivas de direitos, mantida, no mais, a r. sentença recorrida.

Como se vê, afastou-se a aplicação do benefício previsto no §4º do art. 33 da Lei de Drogas **em virtude da quantidade de droga apreendida - 183,9 gramas de maconha e 198,9 gramas de cocaína (fl. 19)**, o que é fundamento válido para o afastamento da redutora.

É pacífico o entendimento nesta Corte Superior de que a quantidade e/ou a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciarem a dedicação à atividade criminosa. A propósito:

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: 1F7FAA95-96C2-4D44-A4EE-35D7CD049478

> PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS. REGIME PRISIONAL. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. MODO FECHADO. AGRAVO NÃO PROVIDO.
> 1. A aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, exige que o condenado preencha cumulativamente os requisitos legais, quais sejam, ser primário, ter bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.
> 2. **No caso, a Corte de origem afastou a incidência do redutor por entender que as circunstâncias fáticas do delito, sobretudo a quantidade de drogas apreendidas - 1.330,77g crack -, denotam a habitualidade delitiva do paciente no tráfico de entorpecentes.**
> Dessa forma, assentado pelas instâncias ordinárias, soberana na análise dos fatos, que o paciente faz do comércio ilícito de entorpecentes uma atividade habitual, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus.
> 3. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena superior a 4 e não excedente a 8 anos de reclusão, diante da natureza e da quantidade da droga apreendida, a teor do art. 33, § § 2º e 3º, "a", do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas.
> 4. Agravo regimental não provido.
> (AgRg no HC 502.510/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 19/08/2019)

Por outro lado, quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, nota-se que foi estabelecido o regime fechado por não serem *permitidos a concessão de fiança, nem da obtenção de graça ou anistia, é óbvio que o menos será o regime prisional. Portanto, se para tais crimes o regime obrigatório é o inicial fechado, não é possível conceder-se regime mais brando aos apenados por tais crimes,* e porque *o legislador não obrigou o juiz a conceder outro regime que não seja o fechado ou, então, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos; ele apenas deixou a critério do juiz que ao analisar o perfil do acusado, de acordo com o disposto no art. 42, da Lei nº 11.343/06 e também pelo disposto no art. 59 e seus incisos, do Código Penal, se tais benefícios serão concedidos ou não*, de modo que, *No caso em concreto, feita a análise da conduta do acusado, não vejo como conceder uma pena privativa de liberdade em regime diverso do inicial fechado e muito menos substituir essa pena por outras restritivas de direitos.*

Assim, verifica-se que não houve indicação de fundamento concreto para a imposição do regime mais gravoso ao paciente, pois apenas foram

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: 1F7FAA95-96C2-4D44-A4EE-35D7CD049478

destacadas circunstâncias já elementares do delito, valendo-se o julgador de motivos abstratos, presunções e dispositivos de lei julgados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse contexto, o estabelecimento de regime prisional mais gravoso sem fundamento concreto, contraria o disposto nas Súmulas 440/STJ, 718 e 719/STF, *in verbis*:

> "Súmula 440/STJ: "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".
>
> Súmula 718/STF: "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".
>
> Súmula 719/STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

Cito, a propósito, o seguinte precedente:

> PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. SÚMULA 440/STJ. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
>
> [...]
>
> 4. 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 regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal.
>
> 5. Hipótese em que a Corte de origem fixou o regime inicial mais gravoso, com fulcro na gravidade abstrata do delito, em manifesta afronta ao entendimento firmado nas Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF.
>
> **6. Fixada a pena definitiva em 5 anos de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o cabível para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal (Precedentes).**
>
> **[...]**
>
> 8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena privativa de

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: 1F7FAA95-96C2-4D44-A4EE-35D7CD049478

> liberdade.
> (HC 324.926/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 07/12/2016)

Desse modo, mantida a pena em patamar superior a 4 anos e inferior a 8 anos de reclusão - 5 anos de reclusão -, faz o paciente jus ao regime semiaberto, em conformidade com o art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal.

No mais, não há falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, porquanto definida a pena final em 5 anos de reclusão, não está preenchido um dos requisitos para a benesse, conforme o disposto no artigo 44, I, do Código Penal.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para alterar o regime inicial para o semiaberto.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 04 de dezembro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator

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: 1F7FAA95-96C2-4D44-A4EE-35D7CD049478