

HABEAS CORPUS Nº 560.448 - SP (2020/0028564-2)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : VANESSA DE ALMEIDA
ADVOGADO : VANESSA DE ALMEIDA - SP311673
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LARISSA SOARES DOS SANTOS
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em face de acórdão assim ementado (fl. 11):

Ementa: Sentença condenatória pelo delito de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/06) Apelo ministerial buscando a fixação do regime fechado e afastamento da substituição concedido à ré e defensivo buscando a absolvição com pleito subsidiário de desclassificação da conduta.

Mérito Autoria e materialidade delitiva comprovadas Depoimentos das agentes da lei revestidos de credibilidade Impossibilidade de desclassificação para a conduta de porte, uma vez que inequívoca a traficância pela quantidade de droga apreendida, sua forma de acondicionamento e circunstâncias do delito Condenação mantida Penas fixadas de acordo com os artigos 59 do Código Penal e 42 da lei de drogas Bases de ambos os acusados redimensionadas nesta instância Atenuante da menoridade relativa do acusado compensada com a reincidência Aplicação da causa de aumento de pena do artigo 40, VI, da lei de drogas, de rigor Impossibilidade de concessão do redutor para o reincidente Redutor concedido em grau máximo para a ré Hediondez do crime mantida, ainda que beneficiada a agente com a redução das penas Precedentes Regime fechado, para ambos, de rigor Substituição das reprimendas por restritivas de direitos ou “sursis” descabidos na espécie, cassada a benesse concedida à acusada Recurso ministerial provido, e parcialmente provido o da defesa, estendido à corré não apelante.

Consta dos autos que a paciente foi condenada pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, à pena de 2 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão, no regime semiaberto, e 272 dias-multa, substituída a pena corporal por duas restritivas de direitos, concedido o apelo em liberdade.

Em grau de recurso de apelação, a sentença foi reformada para reduzir a pena da paciente para 2 anos, 3 meses e 6 dias de reclusão e 226 dias-multa, bem como fixar o regime inicial fechado e cassar a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

No presente *writ*, a impetrante sustenta que não houve fundamentação idônea para a fixação de regime mais gravoso. Requer a concessão da ordem para readequação do regime prisional, com a expedição de contramando de prisão ou a concessão de prisão domiciliar, pois a paciente se encontra

gestante.

Deferida a liminar e prestadas as informações, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.

DECIDO.

No caso, a impetrante requer a fixação de regime menos gravoso, sob o argumento de ausência de fundamento idôneo, bem como a expedição de contramando de prisão ou a concessão de prisão domiciliar, pois a paciente se encontra gestante.

Quanto à dosimetria da pena, ao regime prisional e a negativa de substituição da pena corporal por restritivas de direitos, assim constou do acórdão da apelação (fls. 22/23):

Contudo, vê-se que exagerado o aumento praticado, uma vez que, **ainda que extremamente nocivo o entorpecente, não houve a apreensão de quantidade a justificar tal aumento. Assim, de rigor que as bases de Larissa sejam fixadas 1/6 acima do linde inferior**, enquanto as de Higor, 1/3 acima da base, uma vez que para ele pesa, também, os maus antecedentes, de sorte a se obter: a) **05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, no piso, para Larissa**; e b) 06 anos e 08 meses de reclusão e 666 dias-multa, no piso, para Higor.

Na segunda fase, a atenuante da menoridade relativa de Higor foi compensada com a agravante da reincidência (fl. 173 posse de entorpecentes). Para Larissa também não houve alterações.

Na terceira fase, correta a aplicação da causa de aumento referente ao inciso VI do artigo 40 da Lei de Drogas, uma vez que o delito foi praticado em comparsaria com a adolescente Grazielle da Silva Costa de Sá, majorando-se as penas em 1/6, perfazendo o total de: a) 06 anos e 09 meses e 20 dias de reclusão e 680 dias-multa, no piso, para Larissa; e b) 07 anos, 09 meses e 10 dias de reclusão e 777 dias-multa, no piso, para Higor, já redimensionadas, tornadas definitivas as penas do último.

Anoto que, assim como no crime descrito no art. 244-B da Lei nº 8.069/90, suficiente a participação do menor na conduta delitiva para configurar a causa de aumento de pena, ainda que não induzido ou enganado pelo adulto, nos termos da orientação consagrada na Súmula 500 do STJ.

Ainda nesta fase, o Magistrado a quo aplicou, para Larissa, o benefício do redutor (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06), em seu grau máximo, ou seja, 2/3, reduzindo-se suas penas para 02 anos, 03 meses e 06 dias de reclusão e 226 dias-multa, no piso, tornando-as definitivas. Nada mais poderia querer a defesa.

[...]

E indiscutível que, para o crime de tráfico, **o regime adequado é o fechado** para ambos os acusados, como quer o Ministério Público, único cabível na hipótese ainda que não fosse pelo quantum das penas e lembradas **a reprovabilidade da conduta e a hediondez do crime** (Lei nº 11.464/2007). Outro nem seria recomendável, a teor do disposto nos artigos 33 e 59 do

Código Penal e obedecidos os princípios da necessidade e suficiência.

Ademais, embora se lembre aqui a decisão do Pleno da c. Suprema Corte declarando a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei de Crimes Hediondos (HC nº 111.840/ES, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 14.6.2012), importa consignar que o que lá se decidiu foi que se deveria afastar a obrigatoriedade de início do cumprimento de pena no regime fechado para aqueles que preencham todos os demais requisitos previstos no artigo 33, §§ 2º, b, e 3º, do Código Penal.

Até porque nos casos de tráfico, em face do bem jurídico protegido e observado o disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, quanto maior a capacidade de viciar da droga em abstrato, maior a reprovabilidade, e como já se decidiu, **o regime fechado é o único que se mostra suficiente para atingir a função preventiva específica da pena**, que é inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal (Apelação nº 0070508-98.2012.8.26.0050, rel. Lauro Mens de Mello, j. em 18.12.2014).

Reitere-se: **como já se decidiu recentemente, embora a primariedade e o quantum da pena possam permitir, em tese, a escolha de regime mais brando, não há ilegalidade na fixação de regime mais gravoso quando justificado pela quantidade e natureza do entorpecente apreendido, de acordo com o parágrafo 3º do artigo 33 do Código Penal** (HC nº 313.085/SP, rel. Min. Joel Paciornik, j. em 21.6.2016) (grifo nosso).

[...]

Também se afigura descabido falar em substituição da pena corporal por restritivas de direitos ou “sursis”, para o tráfico de drogas, porque não recomendáveis e porque os requisitos legais (arts. 44 e 77 do CP) não se veem como satisfeitos, pese o reconhecimento, pela Corte Suprema, de maneira incidental, da inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, contida no parágrafo 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006 (HC nº 97.256/RS, rel. Min. Ayres Britto, j. em 1.9.2010).

Assim porque se cuida de crime de natureza grave, de acentuada reprovabilidade e cujas circunstâncias e consequências impedem a substituição, sob o risco de a retribuição estatal ao ilícito tornar-se inócua. Em outras palavras, nem seria razoável que o condenado por delito equiparado a hediondo (art. 5º, XLIII da CF) venha a receber tratamento similar àquele agente que perpetra um delito de menor potencial ofensivo, como já se decidiu neste Tribunal de Justiça (Apelação nº 044635-62.2013.8.26.0050, rel. Souza Nery, j. em 5.6.2014), e também no e. Superior Tribunal de Justiça (AgReg no AgREsp nº 413137/PR, rel. Min^a Laurita Vaz, j. em 3.6.2014).

Nesse ponto, anoto que o reconhecimento da causa de diminuição de pena, prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, não afasta o caráter hediondo do delito, uma vez que o legislador não fez qualquer diferenciação nesse sentido, restando de qualquer forma configurado o crime de tráfico de entorpecentes, equiparado a hediondo.

Nesse sentido a jurisprudência deste Tribunal: Apelação Criminal nº 0001088-19.2017.8.26.0571, Rel. Ivan Sartori, 4ª Câmara Criminal, j.

27.11.2018; e Embargos de Declaração nº 0007373-78.2014.8.26.0362/50000, Rel. Marcos Correa, 6ª Câmara, j. 06.10.2016.

Não se olvida que o Supremo Tribunal Federal proferiu recente decisão afastando o caráter hediondo da figura privilegiada do crime de tráfico de entorpecentes, no julgamento do Habeas Corpus nº 118.533/MS.

Todavia, a referida decisão não possui efeito vinculante, vez que se deu de forma incidental, observando-se as peculiaridades do caso concreto analisado, não se revestindo, no mais, de efeito erga omnes, de forma que, respeitado o entendimento, não há de ser aplicada ao caso em tela.

Ademais, o próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu de forma diametralmente oposta ao entendimento exposto nos autos do HC nº 118.533/MS, que sequer teve decisão unânime, ou seja, considerando o caráter hediondo da forma privilegiada do tráfico de drogas: STF Primeira Turma - Habeas Corpus nº 114558 Rel. Min. Dias Toffoli Julg. 03.03.2015.

Assim, fica afastado o benefício concedido à Larissa.

No caso, verifica-se que a pena-base foi fixada em 1/6 acima do mínimo legal em relação à paciente, em razão da quantidade de droga apreendida.

Além disso, foi fixado o regime mais gravoso, bem como afastada a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, com base na gravidade abstrata do crime de tráfico de drogas, na sua natureza hedionda e na quantidade de droga apreendida.

Não obstante a natureza danosa do estupefaciente, entende esta Corte Superior que a quantidade não relevante e a ausência de circunstâncias adicionais (inserção em grupo criminoso de maior risco social, atuação armada, envolvendo menores ou com instrumentos de refino da droga, etc.) desautorizam a exasperação da pena-base, a vedação da minorante do tráfico no seu patamar máximo de 2/3, o agravamento do regime prisional ou a negativa à substituição das penas.

Na espécie, a apreensão de 10 porções de cocaína, totalizando 9,69g (fl. 13), não é reveladora de anormal gravidade. A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. ILEGALIDADE DEMONSTRADA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Não obstante a natureza da droga - cocaína -, a quantidade de entorpecente apreendido - 8,62g - não demonstra reprovabilidade suficiente para exasperar a pena-base.

2. Agravo desprovido.

(AgRg no HC 541.265/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2020, DJe 13/03/2020)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA.

1. A dosimetria da pena é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o quantum ideal da sanção a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

2. Nos termos da jurisprudência vigente no Superior Tribunal de Justiça, a revisão da dosimetria da pena, no âmbito do recurso especial, é medida excepcional, a qual apenas se justifica quando constatada flagrante ilegalidade ou teratologia. Precedentes.

3. No caso concreto, o Tribunal de origem decotou da pena-base o aumento imposto pelo Juízo de primeiro grau em razão da quantidade e da natureza da droga.

4. Com efeito, malgrado não se discuta o poder nocivo da substância entorpecente apreendida (cocaína), a quantidade não se mostra expressiva. Assim, não se justifica a exasperação da pena na primeira fase da dosimetria, razão por que deve ser mantido o decote do incremento correlato. Precedentes.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1852997/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2020, DJe 14/02/2020)

Passo, assim, passo ao redimensionamento da pena.

Na primeira fase da dosimetria, afasto a valoração negativa da quantidade da droga, fixando a pena-base no mínimo legal, em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, que permanece inalterada na segunda, em razão da ausência de agravantes ou atenuantes. Na terceira fase, a pena foi majorada em 1/6 pela incidência da causa de aumento do art. 40, inc. IV, da Lei 11.343/2006 (fl. 21), uma vez que o delito foi praticado na companhia de adolescente, ficando, então, estabelecida em 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa. Ainda na terceira fase, foi mantido pelo Tribunal *a quo* a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, em seu grau máximo, ou seja, 2/3 (fl. 21), reduzindo-se suas penas para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 194 dias-multa, que torna-se definitiva pela ausência de outras causas de diminuição ou de aumento da pena.

No que se refere ao regime prisional, sendo a pena-base fixada no mínimo legal e restando definitivamente estabelecida em patamar inferior a 4 anos, a definição de regime penal mais gravoso exigiria concreta motivação, a tanto não servindo argumentos de gravidade abstrata do delito, a presença de majorantes ou dos genéricos efeitos sociais da criminalidade:

Súmula 440: "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".

E mais, no julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli), em que o Plenário do STF afastou a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, consignou-se que as regras do art. 33 do CP deveriam ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados, daí o constrangimento ilegal.

Assim, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, à ré primária, fazendo jus a paciente ao regime **aberto**, em coerência com a orientação firmada na Súmula 440/STJ e, conforme dispõe o art. 33, § 2º, alínea *c* e § 3º, do Código Penal.

De igual modo, indispensável o apontamento de justificativa concreta e idônea para impedir a substituição da pena prevista no art. 44 do CP, havendo no caso flagrante ilegalidade a ser sanada, tendo em vista que os fundamentos declinados pela instância *a quo* mostram-se genéricos.

Quanto ao benefício da substituição das penas, a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, não subsiste mais, tendo sido declarado inconstitucional o dispositivo, pelo Pleno do STF, quando do julgamento do HC n. 97.259 (Rel. Min. CARLOS AYRES BRITTO - DJe 16/2/2010), na parte relativa à proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Dessa forma, tendo em vista a primariedade do paciente, a fixação da pena-base no mínimo legal, e o *quantum* final da sanção, devida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos dos art. 44 do Código Penal.

Por fim, em recente julgado, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, apreciando as ADCs 43, 44 e 54, ainda pendentes de publicação, firmou compreensão quanto à constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, segundo o qual *Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da*

Superior Tribunal de Justiça

investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva, estando a citada regra em consonância com o princípio da presunção de inocência.

No presente caso, foi deferido à paciente o direito de recorrer em liberdade (fl. 63) e a condenação ainda não transitou em julgado, pois conforme informação de fls. foram opostos embargos de declaração pela defesa paciente (fl. 74).

Já quanto ao pedido de prisão domiciliar, verifica-se que não foi submetido ao Tribunal de Justiça, não podendo ser apreciado diretamente por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para reduzir a pena da paciente, LARISSA SOARES DOS SANTOS, para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, e ao pagamento de 194 dias-multa, fixar o regime inicial aberto e para substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo juízo das execuções, bem como para obstar a expedição de mandado de prisão em nome da paciente até o trânsito em julgado da ação penal, salvo se presentes os requisitos autorizadores da segregação cautelar, nos termos do art. 283 do CPP.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 23 de março de 2020.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator