

HABEAS CORPUS Nº 500.080 - SP (2019/0081504-4)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de **Eduardo Ferreira Camargo**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi surpreendido levando consigo 12 porções de cocaína (10,11 g), 7 porções de maconha (12,89 g) e 16 porções de *crack* (2,81 g), além de um telefone celular e certa quantia em dinheiro (R\$ 197,25 - cento e noventa e sete reais e vinte e cinco centavos) – Processo n. 0000862-14.2018.8.26.0495, da 3ª Vara da comarca de Registro/SP.

O Juízo de Direito condenou-o como incurso no art. 33, *caput*, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 166 dias-multa. Na oportunidade, manteve a prisão preventiva, negando ao réu o recurso em liberdade (fls. 13/18).

A Defensoria Pública impetrou *habeas corpus* na origem pretendendo, em caráter de urgência, a garantia do apelo em liberdade e a alteração do regime prisional.

O Desembargador Salles Abreu indeferiu a liminar (fls. 31/33). Não há cópia do acórdão julgando o mérito do HC n. 2220863-32.2018.8.26.0000.

Depois, a Décima Primeira Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao apelo defensivo nos termos desta ementa (fl. 38):

APELAÇÃO – Tráfico de entorpecentes – Recurso da defesa – Absolvição – Improcedência – Materialidade e autoria demonstradas – Réu surpreendido trazendo consigo 12 porções de cocaína, 07 porções de maconha e 16 porções de *crack*, mais R\$ 197,25 – Negativa do acusado isolada – Depoimentos firmes e coerentes dos policiais militares responsáveis pela detenção – Validade – Conjunto probatório seguro e coeso – Condenação de rigor – Desclassificação para uso – Impossibilidade – Dosimetria da pena que não comporta reparo – Pena-base no mínimo legal – Redutor aplicado em seu grau máximo – Substituição penal não recomendada ao caso – Regime inicial fechado mantido – Tráfico de cocaína e *crack* – Drogas de alto poder lesivo à Saúde Pública –

Necessidade do recrudescimento na repressão da conduta praticada – Recurso desprovido.

Daí o presente *mandamus*, em que a impetrante alega, em síntese, que o paciente é primário e não teve circunstâncias desfavoráveis consideradas na primeira fase da dosimetria. Sendo a pena imposta no mínimo legal, o regime adequado é o aberto, inexistindo fundamentação idônea para aplicação do regime mais gravoso (fl. 8).

Além disso, argumenta que o paciente preenche todos os requisitos legais para a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal. O benefício foi negado com base na percepção pessoal do magistrado a quo acerca do desenvolvimento do tráfico de entorpecentes e seus danos sociais, sem, entretanto, afastar de maneira objetiva a incidência dos requisitos legais ao caso concreto (fl. 8).

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena.

Deferi a liminar para fixar o regime aberto de cumprimento de pena e, de ofício, determinar a substituição da reprimenda por duas restritivas de direitos, a serem escolhidas pelo Juiz competente, à luz das peculiaridades do caso concreto (fls. 50/51).

Opinou o Ministério Público Federal de acordo com este resumo escrito pelo Subprocurador-Geral da República José Adonis Callou (fl. 56):

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. UTILIZAÇÃO INADEQUADA DO WRIT. PETIÇÃO INSUFICIENTEMENTE INSTRUÍDA. AUSÊNCIA DE PROVA PRECONSTITUÍDA. ACÓRDÃO QUE DENEGOU A ORDEM NO TRIBUNAL DE ORIGEM NÃO JUNTADO. NÃO CONHECIMENTO. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 500.080 - SP (2019/0081504-4)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FERNANDO NICOLÁS PENCO JUVÉ - SP420395
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDUARDO FERREIRA CAMARGO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA. POSSIBILIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PRESSUPOSTOS DO ART. 44 DO CP. PREENCHIMENTO. MANIFESTA ILEGALIDADE.

1. Diz a jurisprudência das Cortes Superiores que, *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 440/STF). Além disso, *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 718/STF). Com efeito, *a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea* (Súmula 719/STF).

2. A identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa norma.

3. Em caso de tráfico de drogas, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve considerar a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e demais peculiaridades do caso concreto (quantidade e natureza da droga apreendida).

4. Na espécie, a sentença limitou-se a considerar a hediondez do delito para a fixação do regime fechado (ponto já resolvido há muito tempo pelo STJ e pelo STF). Nem mesmo a quantidade da droga apreendida – 12 porções de cocaína (10,11 g), 7 porções de maconha (12,89 g) e 16 porções de crack (2,81 g) – revela-se expressiva a ponto de justificar o regime mais gravoso, como afirmado pelo acórdão da apelação, porquanto, na origem, foi fixada a pena-base no mínimo legal e aplicada a minorante (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) no máximo. Logo, é perfeitamente admissível regime inicial aberto para o cumprimento da pena corporal, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

5. No que tange à conversão da pena, diz a nossa jurisprudência há muito tempo que é viável a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos, mesmo em se tratando de tráfico de drogas,

quando se revelam presentes os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

6. A magistratura como um todo deve estar atenta à necessidade de por em prática a política criminal de intervenção mínima, direcionada à adoção da pena privativa de liberdade apenas a infrações que reclamem maior rigor punitivo. A exposição de motivos da Lei n. 7.209/1984 já destacava que *uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere*. Desde aquela época, alertava-se para *as consequências maléficas para os infratores primários, ocasionais ou responsáveis por delitos de pequena significação, sujeitos, na intimidade do cárcere, a sevícias, corrupção e perda paulatina da aptidão para o trabalho*.

7. Diante dos dados estatísticos desta Casa, é imperioso que as instâncias ordinárias adotem posicionamento judicial mais alinhado ao que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça vêm decidindo a respeito desses temas.

8. A insistência de Tribunais locais e Juízes de primeira instância em reiteradamente desconsiderar posicionamentos pacificados no âmbito tanto do Superior Tribunal de Justiça quanto do Supremo Tribunal Federal dá a entender que a função constitucional dessas Cortes de proferir a última palavra quanto à legislação federal (STJ) e quanto à Constituição (STF) é desnecessária, tornando letra morta os arts. 105, III, e 102, I, a, e III, do Texto Constitucional.

9. No caso, efetivamente, o paciente satisfaz os requisitos do art. 44 do Código Penal. A pena foi estabelecida em patamar inferior a 4 anos de reclusão, ele é primário, de bons antecedentes, com análise favorável das circunstâncias judiciais, e é reduzida a quantidade de droga apreendida, o que revela que essa substituição é suficiente, mais útil ao réu e à sociedade.

10. Ordem concedida, inclusive de ofício, confirmando-se os termos da decisão liminar, a fim de fixar o regime aberto de cumprimento de pena e determinar a substituição da privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem escolhidas pelo Juiz competente, à luz das peculiaridades do caso concreto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

No caso, não procede a manifestação do Ministério Público Federal de que os autos estão mal instruídos. Mesmo que não tenha trazido cópia do acórdão julgando o mérito do prévio *writ*, a Defensoria Pública juntou o inteiro teor do acórdão da apelação e da sentença.

Alterei o regime prisional do paciente e determinei a substituição da pena privativa de liberdade de plano, porque bastou uma rápida leitura dessas peças para perceber a existência de manifesto constrangimento ilegal passível de ser reparado imediatamente.

A Juíza sentenciante, embora tenha fixado a pena-base no mínimo legal e aplicado o redutor do § 4º no máximo, impôs o regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda e deixou de apresentar fundamentação concreta para tanto, nestes termos (fl. 17 – grifo nosso):

[...]

O regime inicial será o fechado, único possível, ante o disposto na Lei n. 11.464/2007. O tráfico de drogas, seja aquele praticado pelo réu reincidente ou pelo primário, **é crime hediondo.** A hediondez do delito está relacionada à gravidade da conduta e ao mal que ela causa à sociedade, não aos antecedentes do acusado. O traficante deve ser, em um primeiro momento do cumprimento da pena, segregado do convívio social, porque demonstrou ser capaz de colocar a sociedade e a saúde dos cidadãos em sério risco.

[...]

Quanto à substituição nem sequer se manifestou a Magistrada.

O Tribunal estadual, sobre os dois pontos, disse o seguinte (fls. 44/45 – grifo nosso):

[...]

A despeito do total da reprimenda cominada ao réu, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos **não é socialmente recomendável, bem como o regime inicial fechado mostrou-se adequado e suficiente ao caso em tela.**

Cumpre esclarecer que o acusado estava comercializando cocaína e “crack”, drogas extremamente nocivas e de grande lesividade a Saúde

Pública, cujos efeitos são devastadores e viciantes, uma vez que o usuário sente a necessidade de consumi-las constantemente.

Assim, a conduta praticada revestiu-se de elevado grau de censurabilidade, afastando-se, com isso, a possibilidade da substituição penal, bem como impondo a fixação do regime mais rigoroso para sua repressão.

Não é de hoje que a jurisprudência das Cortes Superiores é tranquila ao afirmar que, *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 440/STF). Além disso, *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 718/STF). Com efeito, *a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea* (Súmula 719/STF).

Até mesmo em relação aos condenados por crimes hediondos e equiparados, há muito tempo o Plenário do Supremo Tribunal Federal afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado, ao julgar o HC n. 111.840/ES em 27/6/2012 e declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007.

Segundo o Pretório Excelso a imposição do regime inicial de cumprimento fechado, tal como prevista na Lei dos Crimes Hediondos, revela-se inconstitucional, considerando o princípio da individualização da pena.

Apesar da falta de caráter vinculante daquela decisão e da ausência de efeito *erga omnes*, o certo é que devemos nos submeter ao entendimento da Suprema Corte.

Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa norma.

Há mais: embora a orientação da Terceira Seção desta Corte,

firmada no julgamento do REsp n. 1.329.088/ES, representativo da controvérsia, e reafirmada na Súmula 512/STJ, fosse de que *a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas, uma vez que a sua incidência não decorre do reconhecimento de uma menor gravidade da conduta praticada e tampouco da existência de uma figura privilegiada do crime*, o Plenário da Suprema Corte também entendeu que o chamado tráfico privilegiado não deve ser considerado crime de natureza hedionda. A discussão ocorreu no julgamento do HC n. 118.533/MS, e deu ensejo aqui ao cancelamento da referida súmula (Petição n. 11.796/DF).

Em casos como o dos autos, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve considerar a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e demais peculiaridades do caso concreto (quantidade e natureza da droga apreendida), nos termos dos arts. 33, 59, ambos do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006.

E, na espécie, nem mesmo a quantidade da droga apreendida se revela expressiva a ponto de justificar a decisão acima destacada. Tanto que foi fixada a pena-base no mínimo legal e aplicada a minorante (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) no máximo. Logo, é perfeitamente admissível regime inicial aberto para o cumprimento da pena corporal, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

No que tange à conversão da pena, diz a nossa jurisprudência há muito tempo que é viável a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos, mesmo em se tratando de tráfico de drogas, quando se revelam presentes os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal. Para citar apenas alguns exemplos, confirmam-se os seguintes julgados: HC n. 92.904/RS, Ministro Nilson Naves, DJe 29/9/2008; HC n. 128.889/DF, Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), DJe 5/10/2009; HC n. 83.480/DF, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 28/9/2009; e HC n. 164.976/MS, Ministro Og Fernandes, DJe 1º/7/2010.

A vedação à essa substituição prevista no art. 44, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 foi superada já há alguns anos pelo Pretório Excelso no julgamento do HC n. 101.291/SP (DJe 12/2/2010).

Também não subsiste aquele impedimento previsto na parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, tendo sido declarado inconstitucional esse aspecto do dispositivo pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC n. 97.256 (DJe 16/2/2010). Com a edição da Resolução n. 5/2012, em 15/2/2012, do Senado Federal, não há por que insistir na discussão da questão.

A magistratura como um todo deve estar atenta à necessidade de por em prática a política criminal de intervenção mínima, direcionada à adoção da pena privativa de liberdade apenas a infrações que reclamem maior rigor punitivo.

Também não é de hoje que se fala disso. Consoante a exposição de motivos da Lei n. 7.209/1984, *uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Aquele documento já destacava naquela época, entre outros aspectos, as consequências maléficas para os infratores primários, ocasionais ou responsáveis por delitos de pequena significação, sujeitos, na intimidade do cárcere, a sevícias, corrupção e perda paulatina da aptidão para o trabalho.*

No Tribunal de Justiça de São Paulo, também encontramos voz nesse sentido, como a do Desembargador Encinas Manfré. Em seus votos, S. Exa. sempre destaca – quando está diante de réu primário e com bons antecedentes etc. e é pequeno o volume da droga apreendida – que a substituição da pena *parece ser mais útil a ele [réu] e à sociedade e se sobrevier recidiva ou nova prática de delito da espécie, não mais fará ele jus a essa benesse* (Apelação n. 0004378-24.2016.8.26.0362, Décima Quinta Câmara de Direito Criminal, DJe 5/9/2018).

O Desembargador Moreira da Silva também vem afirmando que não há como se adotar motivação de todo dissonante da regra legal expressa, criando uma “nova norma jurídica”, desamparada ou destituída de validade e eficácia dentro do ordenamento jurídico brasileiro, mormente em se considerando que não encontra fundamento de validade – na exata concepção kelseniana – na Constituição Federal, representando, ao revés, flagrante afronta aos princípios constitucionais da legalidade e separação de poderes (Apelação Criminal n. 0000320-53.2017.8.26.0552, Décima Terceira Câmara de Direito Criminal, DJe 31/12/2019).

Contudo precisamos de mais vozes nesse sentido na Corte paulista e decisões na linha do que ora explicitado. Afinal, os dados levantados pelo Relatório Estatístico desta Casa revelam que, só em 2019, o acréscimo no volume de processos recebidos no Superior Tribunal de Justiça decorreu principalmente dos tribunais de justiça, que tiveram aumento de 10,7% em relação a 2018, após dois anos de relativa estabilidade (média de 213.017 entre 2016 e 2018). Em especial o Tribunal de Justiça de São Paulo teve aumento de 17,8% no número de processos enviados em comparação com o ano de 2018. Do total de distribuídos e registrados somente em 2019, 145.259 (38,8%) foram originários do estado de São Paulo.

O número de processos originários do STJ (entre os quais se destaca o *habeas corpus*) também teve um aumento expressivo de 21,8%, seguindo a sua trajetória de ascensão desde 2013, com média de crescimento de 18% ao ano. O HC segue em tendência de alta com crescimento médio na ordem de 10,5% ao ano e variação de 14% em 2019. Nesse ano, foram distribuídos aqui 68.059 processos só dessa classe.

Analisando a série histórica dos recebidos de acordo com os principais ramos de direito, o ramo Penal segue forte inclinação de alta desde 2014 com crescimento médio de 8% no período e com variação de 15% em 2019.

Se considerarmos apenas os *habeas corpus* impetrados pela

Defensoria Pública paulista é possível perceber que em 2015 eles chegaram a um total de 3.109, total este que só vem aumentando nos últimos anos - 3.413 em 2016; 4.230 em 2017; 5.201 em 2018 e 11.341 em 2019 (um aumento de quase 100% de um ano para o outro). E o que mais impressiona é que o percentual de *habeas corpus* concedidos integralmente ou em parte, que em 2015 era de apenas de 21%, chegou a 48% em 2019, o que nos permite concluir que a discordância do Tribunal paulista com o STJ só tem aumentado ao longo dos últimos anos.

Não posso deixar de ressaltar o fato de que em *habeas corpus* a discussão se limita a questões jurídicas, não enfrentando os Tribunais Superiores discussões como autoria, materialidade, etc. O fato de o debate provocado por meio deste remédio ser de natureza legal demonstra mais ainda o equívoco de decisões proferidas pelas instâncias ordinárias em desacordo com precedentes, muitas vezes sumulados, dos Tribunais Superiores. Na prática, isso significa que juízes e tribunais não aplicam no dia a dia a interpretação da lei federal e da própria Constituição Federal fixada tanto pelo Superior Tribunal de Justiça quanto pelo Supremo Tribunal Federal.

Também é importante ainda salientar que as impetrações de responsabilidade da defensoria pública, em regra, cuidam dos menos favorecidos e nelas se discutem crimes que chamo 'ordinários' (do nosso dia a dia, como tráfico, roubos, furtos, estelionatos, homicídios e latrocínios). Ou seja, mais uma vez quem paga a conta em razão do descompasso entre as instâncias ordinárias e os Tribunais Superiores é a população menos favorecida.

É preciso mudar esse cenário com urgência.

Por agora, na hipótese em exame, façamos o que é possível e devido: fixar o regime aberto e possibilitar a conversão da reprimenda em penas alternativas.

Efetivamente, o paciente satisfaz os requisitos do art. 44 do Código Penal. A pena foi estabelecida em patamar inferior a 4 anos de reclusão, o

paciente é primário, de bons antecedentes, com análise favorável das circunstâncias judiciais, e é reduzida a quantidade de droga apreendida, o que revela que essa substituição é suficiente.

Voto pela **confirmação** da decisão liminar, isto é, para **conceder** a ordem em caráter definitivo, inclusive **de ofício**, a fim de fixar o regime aberto de cumprimento de pena e determinar a substituição da privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem escolhidas pelo Juiz competente, à luz das peculiaridades do caso concreto.