

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.088.479 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO
RECTE.(S) [REDACTED]
RECTE.(S) [REDACTED]
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO: O recurso extraordinário a que se refere o presente agravo **foi interposto** por [REDACTED] e [REDACTED] contra acórdão que, **confirmado** em sede de embargos de declaração pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **está assim ementado**:

“APELAÇÃO: TRÁFICO DE DROGAS e ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO:

*Absolvição. Inconformismo ministerial – parcial procedência do reclamo ante a suficiência do conjunto probatório quanto ao crime do art. 33, da Lei de Drogas: **Recurso parcialmente provido.**” (grifei)*

A parte ora recorrente, **ao deduzir** o apelo extremo em questão (**que sofreu** juízo **negativo** de admissibilidade na origem), **sustentou** que a decisão recorrida **teria vulnerado** os preceitos inscritos no art. 5º, incisos XI e XLVI, da Constituição Federal.

O Ministério Público Federal, **em pronunciamento** da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República Dra. CLÁUDIA SAMPAIO MARQUES, **opinou pelo não provimento** do agravo, **propondo**, no entanto, a **concessão** de “*habeas corpus*” de ofício, **em parecer** do qual destaco o seguinte fragmento:

“4. Contudo, o agravo não merece prosperar pois pretende ver processado recurso extraordinário que não reúne condições de

ARE 1088479 / SP

admissibilidade e cujo processamento foi corretamente indeferido no Tribunal de origem.

.....
13. *Não obstante as considerações tecidas, o caso evidencia peculiaridade hábil a ensejar a concessão de 'writ' de ofício.*

14. *A Corte Estadual, que proferiu o decreto condenatório, fixou a pena-base (de ambas as rés) no mínimo legal (5 anos), consignando a ausência de 'causas legais que justifiquem a elevação ou redução na segunda etapa', entendendo na terceira etapa 'cabível a incidência da redutora especial porque preenchidos os requisitos necessários pelas rés'.*

15. *No entanto, ao fixar o percentual de redução em razão da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, houve por bem o Tribunal em diferenciar a situação das duas acusadas, ao fundamento de que a quantidade da droga encontrada com a corré [REDACTED] era superior à encontrada com a corré [REDACTED] Confira-se:*

'(...) promove-se a redução da pena em 2/3 quanto à corré [REDACTED] e em 1/3 quanto à corré [REDACTED], haja vista que a quantidade de droga apreendida com esta era dez vezes maior que aquela localizada com a primeira, resultando então nas penas de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, mais 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa para [REDACTED] e 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão mais 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa para [REDACTED], ora tornada definitiva.' (...)

16. *Contudo, não se revela razoável a diferenciação feita, tendo em vista que as duas acusadas praticaram o crime em condições idênticas, sendo que a diferença na quantidade de droga encontrada com elas era mínima, não se justificando a aplicação de um percentual diferenciado.*

17. *As recorrentes são primárias e qualificam-se como pequenas traficantes, tendo em vista que não integram organização criminosa nem há indícios de que se dediquem a*

ARE 1088479 / SP

atividade criminosa, fazendo, por isso, jus à benesse legal no percentual máximo de 2/3.

18. Do mesmo modo, diante do contexto fático que resultou na prática delitiva, não há razão para a fixação do regime mais gravoso, cabendo, diante do montante de pena, o regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito.” (grifei)

Sendo esse o contexto, passo a **examinar** a presente causa. **E, ao fazê-lo, entendo assistir razão** à douta Procuradoria-Geral da República, **no ponto em que sustenta**, com apoio em fundamentos **que acolho como razão de decidir, a inviabilidade** do recurso extraordinário **a que se refere** o presente agravo.

O Ministério Público Federal, **embora opinando pelo improvimento** do presente recurso, **propõe a concessão** de “*habeas corpus*”, de ofício, **em favor de ambas** as recorrentes, **por entender aplicável** ao caso a norma inscrita no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 **e, também**, por considerar irrazoável a diferenciação do “*quantum*” penal estabelecida pelo Tribunal recorrido, **ênfatizando**, quanto a esse aspecto, que “*(...) a diferença na quantidade de droga encontrada com elas era mínima, não se justificando a aplicação de um percentual diferenciado*” (grifei).

Por tal razão, após reconhecer que as ora recorrentes atendem aos requisitos **previstos no § 4º** do art. 33 da Lei de Drogas, a douta Procuradoria-Geral da República **propõe** que se suprima a diferenciação quantitativa da pena estabelecida pelo Tribunal recorrido, **em ordem a que prevaleça, no caso, a redução** “no percentual máximo de 2/3”, **impondo-se, também, em favor delas, o regime inicial aberto, substituindo-se, ainda, a pena privativa** de liberdade “por pena restritiva de direitos”.

ARE 1088479 / SP

Acolho, integralmente, a **proposta** do Ministério Público Federal, tal como precedentemente referido, **pois constato**, a partir da análise dos aspectos **delineados** nestes autos, que o acórdão **emanado** do E. Tribunal de Justiça local **contraria**, frontalmente, a orientação **adotada** por esta Suprema Corte **no exame** da controvérsia em questão, **circunstância essa que**, *por ser juridicamente relevante*, **autoriza**, nos termos da diretriz jurisprudencial **prevalecente** nesta Suprema Corte, **a concessão**, *de ofício*, de ordem de “*habeas corpus*” **em favor de ambas as recorrentes** (**HC 114.830/RS**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – **HC 118.389/SP**, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – **RHC 119.835/MT**, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, *v.g.*):

“‘Habeas corpus’. 2. Tráfico internacional de entorpecentes. Condenação. 3. Pedido de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, no patamar máximo (2/3). (...) 5. Ausência de motivação para aplicação da minorante no patamar mínimo. 6. Concessão parcial da ordem de ‘habeas corpus’ para determinar ao Juízo das Execuções que proceda a nova individualização da pena, atentando para adequada motivação do fator de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Fixada a individualização da pena, deverá analisar a possibilidade de substituição da pena e, ainda, o regime inicial de cumprimento.”
(**HC 118.267/MT**, Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei)

“‘HABEAS CORPUS’. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FIXAÇÃO NO GRAU MÍNIMO PERMITIDO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

I – Não agiu bem o juízo de piso, uma vez que fixou a pena-base no mínimo legal e, em seguida, aplicou a fração de redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 em 1/6, sem apresentar a devida fundamentação.

ARE 1088479 / SP

II – *Presentes os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o juízo condenatório deve fixar a causa especial de diminuição, mas não está obrigado a concedê-la no grau máximo, tendo plena discricionariedade para aplicar a redução no patamar que entenda necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, segundo as peculiaridades de cada caso, desde que o faça de forma fundamentada.*

III – *Ordem concedida para determinar ao juízo condenatório que proceda à nova dosimetria da pena, respeitadas as diretrizes firmadas por esta Turma, ou seja, aplicando o redutor, de forma fundamentada, na fração que entender pertinente.”*

(HC 118.890/CE, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – grifei)

Assinalo, de outro lado, que o fato de a condenação penal de ambas as recorrentes haver sido inferior a 4 (quatro) anos não lhes garantiria, só por isso, o direito subjetivo à obtenção do regime aberto (RTJ 148/490-491, v.g.), pois, desde que haja motivação idônea, torna-se lícito ao Poder Judiciário impor regime de cumprimento penal mais severo (Súmula 719/STF).

No caso ora em exame, o Tribunal recorrido não observou a exigência de ordem sumular acima referida, eis que deixou de justificar, de modo adequado e satisfatório, a definição do regime mais gravoso (RTJ 154/103, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), o que torna insubsistente a aplicação do regime inicial fechado às ora recorrentes.

Pertinente, desse modo, em situações como a de que ora se cuida, a advertência feita pelo magistério jurisprudencial desta Suprema Corte:

“HABEAS CORPUS’. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. SÚMULA Nº 718 DO STF (‘A OPINIÃO DO JULGADOR SOBRE A GRAVIDADE EM ABSTRATO DO CRIME NÃO CONSTITUI MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A

ARE 1088479 / SP

IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS SEVERO DO QUE O PERMITIDO SEGUNDO A PENA APLICADA'). SÚMULA Nº 719 DO STF ('A IMPOSIÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS SEVERO DO QUE A PENA APLICADA PERMITIR EXIGE MOTIVAÇÃO IDÔNEA').

Fixada a pena em seu mínimo legal, inferior a 8 (oito) anos, não sendo caso de reincidência, e reconhecidos, tanto pela sentença como pelo acórdão do Tribunal estadual, os bons antecedentes e a primariedade do réu, não há falar em adoção do regime inicial fechado para o cumprimento da pena sob o argumento de que a referida modalidade de crime vem causando grande comoção social, restando, assim, evidente a ofensa ao art. 33, § 2º, 'b', e § 3º c/c art. 59 do Código Penal. Incidência das Súmulas 718 e 719 do STF.

Ordem concedida."

(HC 83.605/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE – grifei)

"– Revela-se inadmissível, na hipótese de condenação a pena não superior a 08 (oito) anos de reclusão, impor ao sentenciado, em caráter inicial, o regime penal fechado, com base, unicamente, na gravidade objetiva do delito cometido, especialmente se se tratar de réu que ostente bons antecedentes e que seja comprovadamente primário.

– O discurso judicial que se apoia, exclusivamente, no reconhecimento da gravidade objetiva do crime – e que se cinge, para efeito de exacerbação punitiva, a tópicos sentenciiais meramente retóricos, eivados de pura generalidade, destituídos de qualquer fundamentação substancial e reveladores de linguagem típica dos partidários do 'direito penal simbólico' ou, até mesmo, do 'direito penal do inimigo' – culmina por infringir os princípios liberais consagrados pela ordem democrática na qual se estrutura o Estado de Direito, expondo, com esse comportamento (em tudo colidente com os parâmetros delineados na Súmula 719/STF), uma visão autoritária e nulificadora do regime das liberdades públicas em nosso País. Precedentes."

(HC 85.531/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

ARE 1088479 / SP

“Habeas corpus’. 2. Tráfico ilícito de entorpecentes. Paciente condenado à pena de um ano e oito meses de reclusão. Regime inicial fechado. 3. Pedido de fixação de regime aberto para início do cumprimento da pena. Possibilidade. Paciente que cumpre os requisitos previstos no art. 33, § 2º, ‘c’, do Código Penal. 4. A jurisprudência do STF consolidou o entendimento segundo o qual a hediondez ou a gravidade abstrata do delito não obriga, por si só, o regime prisional mais gravoso, pois o juízo, em atenção aos princípios constitucionais da individualização da pena e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, deve motivar o regime imposto observando a singularidade do caso concreto. Aplicação das Súmulas 718 e 719. 5. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Possibilidade. Precedente do Plenário (HC nº 97.256/RS). 6. Necessidade de análise dos requisitos dispostos no art. 44 do CP. 7. Superação da Súmula 691. Manifesto constrangimento ilegal. 8. Ordem concedida de ofício para fixar o regime aberto de início do cumprimento da pena e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais.”

(HC 133.028/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei)

“Habeas corpus’. Penal. Roubo (CP, art. 157, § 1º). Condenação. Pena de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão em regime fechado. Impetração dirigida contra decisão monocrática do Relator da causa no Superior Tribunal de Justiça. Decisão não submetida ao crivo do colegiado. Ausência de interposição de agravo interno. Não exaurimento da instância antecedente. Precedentes. Não conhecimento do ‘writ’. Ilegalidade flagrante configurada. Pena-base majorada em decorrência de maus antecedentes. Impossibilidade. Condenações extintas há mais de 5 (cinco) anos. Incidência do disposto no inciso I do art. 64 do Código Penal. Fixação da pena-base no mínimo legal. Ausência de circunstâncias

ARE 1088479 / SP

judiciais desfavoráveis. Fixação do regime prisional aberto (CP, art. 33, § 2º, alínea 'a'). Ordem concedida de ofício.

.....
3. O regime fechado foi alicerçado i) na presença de circunstância judicial desfavorável ao paciente, vale dizer, os maus antecedentes, afastados por conta da incidência do art. 64, inciso I, do Código Penal, e ii) na opinião do julgador a respeito da gravidade em abstrato do delito. Logo, ele não mais se sustenta, pois, segundo a pacífica jurisprudência da Corte, afigura-se inadmissível, por contrastar com as Súmulas nºs 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, a fixação do regime inicial mais gravoso com base na mera opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime. Precedentes.

4. 'Writ' extinto.

5. Ordem concedida de ofício para se fixar a pena-base do paciente no mínimo legal, bem como para estabelecer o regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea 'a', do Código Penal."

(HC 137.173/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – grifei)

"RECURSO ORDINÁRIO EM 'HABEAS CORPUS'. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS GRAVOSO. INADEQUAÇÃO. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

.....
2. A determinação do regime inicial de cumprimento da pena deve levar em conta dois fatores: (a) o 'quantum' da reprimenda imposta (CP, art. 33, § 2º); e (b) as condições pessoais do condenado estabelecidas na primeira etapa da dosimetria (CP, art. 59 c/c art. 33, § 3º).

3. Inviável regime inicial prisional mais gravoso que o 'quantum' da pena aplicada com base na gravidade em abstrato do delito, mormente quando presentes todas circunstâncias judiciais favoráveis. Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

ARE 1088479 / SP

4. Recurso ordinário provido para a imposição do regime inicial de cumprimento de pena semiaberto.”

(RHC 128.094/SC, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – grifei)

Esse mesmo raciocínio aplica-se à proposta de conversão da pena privativa de liberdade em sanção restritiva de direitos formulada pela douta Procuradoria-Geral da República, **em termos** que também acolho.

Nem se alegue, ainda, que o fato de ser legalmente equiparado a delito hediondo o crime pelo qual as recorrentes foram condenadas constituiria obstáculo à outorga **dos benefícios** previstos na legislação sobre drogas **na hipótese** do denominado “tráfico privilegiado” (Lei nº 11.343/2006, art. 33, § 4º).

Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, **no exame do HC 118.533/MS**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, **afastou a nota de equiparação** (legal) **à hediondez** do denominado *tráfico privilegiado*, **subtraindo** o seu autor, em consequência, **aos efeitos gravosos** (e restritivos) **que derivam** da condenação por delitos hediondos **ou** a estes legalmente equiparados.

Vale destacar, por relevante, que essa orientação vem sendo observada em decisões **proferidas** nesta Suprema Corte (**HC 116.128/MS**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **HC 136.372/SP**, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – **HC 136.373/SP**, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – **HC 136.545/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Sendo assim, e em face das razões expostas, nego provimento ao presente agravo em recurso extraordinário (**CPC**, art. 932, III), **mas concedo ordem** de “*habeas corpus*”, de ofício, em favor de ambas as recorrentes, para (i) **redimensionar** a sanção penal imposta à condenada [REDACTED] **para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, mais 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, em bases idênticas** à pena reclusiva imposta a [REDACTED] (ii) **fixar o regime inicial aberto** para as ora recorrentes [REDACTED] e

ARE 1088479 / SP

██████████, **para efeito** de cumprimento das penas privativas de liberdade que lhes foram impostas **e (iii) determinar a conversão** dessas mesmas penas *em sanções restritivas de direitos*, **a serem definidas** pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de São Carlos/SP (**Processo-crime** nº 566-01.2011.009296-2/000000-000).

Determino, finalmente, *que ambas as recorrentes* sejam **imediatamente** postas em liberdade, **se** por *al* não estiverem presas, **sem prejuízo da ulterior definição**, pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de São Carlos/SP (**Processo-crime** nº 566-01.2011.009296-2/000000-000), das penas **restritivas** de direitos *a serem por ele definidas* **consoante assegurado** pela presente decisão.

Comunique-se, com urgência, **transmitindo-se cópia desta decisão** ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (**Apelação** nº 0009296-17.2011.8.26.0566) **e** ao Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de São Carlos/SP (**Processo-crime** nº 566-01.2011.009296-2/000000-000).

Publique-se.

Brasília, 05 de março de 2018.

Ministro CELSO DE MELLO
Relator