

## HABEAS CORPUS 167.865 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S) :

IMPTE.(S) :WILLEY LOPES SUCASAS E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S)(ES) :PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Decisão:** Trata-se de *habeas corpus* com pedido de medida liminar, impetrado por Willey Lopes Sucasas e outro, em favor de [REDACTED], contra decisão monocrática do Ministro Presidente do STJ, nos autos do HC 490.663/SP.

Colho o relatório da decisão impugnada:

“Trata-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial e com pedido de liminar impetrado em favor de [REDACTED], contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Criminal n. 0014084-89.2015.8.26.0451.

A paciente foi condenada, pelo crime do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 à pena de 5 anos de reclusão em regime fechado e ao pagamento de 500 dias-multa. Em sede de apelação, o Tribunal de origem reconheceu o tráfico privilegiado e, aplicando o redutor de 1/3, redimensionou as penas para 3 anos e 4 meses de detenção e 333 dias-multa, mantida, no mais, a sentença. A defesa alega que a paciente sofre constrangimento ilegal pela valoração negativa dos entorpecentes apreendidos de forma que deveria aplicar a causa especial de diminuição de pena em seu patamar máximo.

Ademais, sustenta a ilegalidade da fixação de regime mais gravoso, violando o art. 33, § 2º, c, do Código Penal e as Súmulas n. 718 e 719 do STF, uma vez que a pena foi fixada abaixo de 4 anos. Requer, em liminar, a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas no patamar máximo, a fixação de regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. No mérito, requer a confirmação da liminar. É o relatório. Decido. ”. (eDOC 23)

No STJ, a liminar foi deferida apenas “*para estabelecer, até o julgamento final deste writ, o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.*”

Nesta Corte, a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas em fração máxima; a fixação do regime aberto; e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, registro que o pedido se esbarra na Súmula 691 desta Corte, motivo por que dele não poderia conhecer.

É bem verdade que o rigor na aplicação da Súmula 691/STF tem sido abrandado por julgados desta Corte em hipóteses excepcionais em que: a) seja premente a necessidade de concessão do provimento cautelar para evitar flagrante constrangimento ilegal; ou b) a negativa de decisão concessiva de medida liminar pelo tribunal superior importe na caracterização ou na manutenção de situação que seja manifestamente contrária à jurisprudência do STF (cf. as decisões colegiadas: HC 84.014/MG, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 25.6.2004; HC 85.185/SP, Pleno, por maioria, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 1º.9.2006; e HC 88.229/SE, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão, Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, maioria, DJ 23.2.2007; e as seguintes decisões monocráticas: HC 85.826/SP (MC), de minha relatoria, DJ 3.5.2005; e HC 86.213/ES (MC), Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1º.8.2005).

Na hipótese dos autos, **vislumbro constrangimento ilegal manifesto a autorizar o afastamento da incidência da referida Súmula.**

Na espécie, a paciente teve sua pena-base fixada no mínimo legal, minorada em 1/3, em virtude da incidência do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Insurge-se, assim, contra a fração fixada.

**Quanto ao redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, analiso a fundamentação constante do acórdão do TJ/SP:**

“O benefício previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06, não foi concedido; entretanto, as apenadas são primárias e jejunas de antecedentes. Além do mais, não há prova

segura de que se dediquem, elas, efetivamente, a atividade criminosa ou de que pertençam a alguma organização criminosa.

**Anote-se que a apreensão de aproximadamente 950g de maconha não gera presunção absoluta de que sejam, as réis, traficantes habituais, ou mesmo de que a droga ingressaria em estabelecimento prisional, inexistentes provas robustas a respeito. Assim, considerada a quantidade de entorpecente (maconha aproximadamente 950g), reduz-se a pena de 1/3; cabe ao magistrado sopesar a fração cabível à luz do dispositivo legal e das circunstâncias do caso.**

Desta forma, ficam, as reprimendas, estipuladas em 3 anos e 4 meses de reclusão e 333 dias-multa. ” (eDOC 4, p. 5)

Na espécie, a fundamentação constante do acórdão do TJSP, para fixar o redutor em 1/3, não destoa da jurisprudência desta Corte.

No HC 164.440, de minha relatoria, entendi que a fixação em 1/3 é razoável, ante a quantidade apreendida, bem inferior àquela encontrada com a paciente (quase um quilo de maconha).

Por isso, nada a reparar.

**Com relação ao regime inicial de cumprimento da pena,** verifica-se que o regime inicial fechado foi fixado com base na quantidade apreendida. Nos termos da decisão do TJSP:

“Por fim, era mesmo de rigor a fixação do regime inicial fechado, sem vício de qualquer ordem, nem mesmo constitucional, tendo em vista a gravidade concreta do delito perpetrado, sendo certa a quantidade de porções de droga apreendidas, restando patentes sua capacidade de disseminação e a arregimentação de inúmeros clientes (Precedente do C. Superior Tribunal de Justiça, HC 257327/ES, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 06/06/2013, DJe 21/06/2013).”

Ao conceder a liminar para determinar o regime inicial semiaberto, frisou o STJ:

“Assim, apesar de reconhecer a existência da figura privilegiada e de fixar a pena em patamar inferior a 4 anos, as instâncias ordinárias não expuseram motivação plausível para fixar regime mais severo, indicando apenas a natureza e a diversidade das drogas, o que torna certa a falta de fundamentos para o recrudescimento do regime prisional. Embora a paciente seja primária, a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal e a pena total imposta seja de 3 anos e 4 meses de reclusão, é adequada a fixação do regime inicial semiaberto em razão da aferição desfavorável dos entorpecentes na terceira fase da dosimetria – 950g de maconha (HC n. 372.695/PR, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe de 10/2/2017).

Ante o exposto, concedo parcialmente a liminar para estabelecer, até o julgamento final deste writ, o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena” (eDOC 23, p. 3)

Conforme transcrito, a decisão afirma a primariedade do imputado e valora positivamente todas as circunstâncias judiciais da primeira fase da dosimetria (art. 59, CP). Diante disso, resta claro que não há motivação idônea para justificar a imposição de regime inicial mais gravoso. A gravidade em abstrato do fato não é justificativa legítima, especialmente diante da primariedade da paciente, reconhecida com a valoração positiva das circunstâncias judiciais. Nos termos das súmulas deste Supremo Tribunal Federal:

“Súm. 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.

Súm. 719, STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.”

Em um crime ao qual o legislador cominou pena de 5 a 15 anos, não vislumbro idoneidade na fundamentação que fixa o regime inicial fechado, quando é aplicada a pena-base no mínimo legal, minorada em 1/3.

Desse modo, verifica-se que, no caso concreto, o regime inicial foi fixado em decisão carente de fundamentação idônea e em confronto com o entendimento firmado por este Supremo Tribunal Federal. Considerando a primariedade da agente, a valoração positiva das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP e a fundamentação inidônea das instâncias antecedentes, verifico a necessidade reparação de ilegalidade manifesta na definição do regime inicial de cumprimento.

Assim, desde já, em razão da manifesta ilegalidade e oposição à jurisprudência deste Supremo Tribunal, deve-se conceder a ordem para alterar o regime de cumprimento inicial da pena.

Ante o exposto, **concedo parcialmente a ordem**, a fim de fixar o regime *inicial* aberto. Determino, ainda, ao Juízo de origem, que verifique, motivadamente e em conformidade com a jurisprudência deste STF, a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

Comunique-se, com urgência.

Publique-se.

Brasília, 19 de fevereiro de 2019.

Ministro **Gilmar Mendes**

Relator

*Documento assinado digitalmente*