

HABEAS CORPUS Nº 492.236 - SP (2019/0035657-0)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
VIRGINIA SANCHES RODRIGUES CALDAS CATELAN -
SP304946
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE SOARES BRITO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de FELIPE SOARES BRITO, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, à pena de 2 anos de reclusão, em regime inicial fechado e 200 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Inconformada, recorreu a defesa, tendo o Tribunal de origem negado provimento ao apelo.

No presente *writ*, o paciente pugna, liminarmente e no mérito, pela fixação do regime inicial aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

É o relatório.

DECIDO.

A concessão de liminar em *habeas corpus* é medida excepcional, somente cabível quando, em juízo perfunctório, observa-se, de plano, evidente constrangimento ilegal.

Na hipótese, o Juízo de primeira instância assim fundamentou a imposição do regime fechado (fls. 23/25):

Deverá iniciar cumprimento de pena em regime fechado. Diante do cancelamento da súmula 512 pelo E. STJ, em consonância com decisão plenária do E. STF, que julgou ausente o caráter de hediondez do delito do tráfico chamado privilegiado, quando o §4º do artigo 33 é aplicado, este juízo altera compreensão anterior de que, também baseada na súmula ora cancelada, o caráter de hediondez não seria afastado, mesmo com a aplicação do indigitado parágrafo 4º. Resta, pois, afastado no caso presente o caráter de hediondez do delito. A supressão do caráter de crime hediondo, entretanto, como já referido, não induz a que a crimes tão graves como o narcotráfico sejam impostos regimes de cumprimento de pena, desde o início, mais benéficos, porém admitem que a progressão de regime prisional seja realizada em prazo bem menor do que fosse ainda admitido o caráter

de hediondez do chamado tráfico privilegiado.

O Tribunal de Justiça manteve a decisão primeva, assim consignando acerca do modo inicial de cumprimento da pena (fls. 45/46):

O regime fechado impõe-se, não havendo que se falar na fixação do regime aberto como pretende a defesa. O réu foi abordado em local conhecido como ponto de venda de drogas e com ele foi encontrada expressiva quantidade de drogas (68 papелotes de maconha. Sendo o crime de perigo contra a saúde pública fica claro que tal quantidade poderia facilmente alcançar um expressivo número de pessoas, o que denota maior reprovabilidade em sua conduta, visto o maior ataque ao bem jurídico. Portanto o réu demonstrou periculosidade e culpabilidade acima da média, de forma que 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.

Sendo a pena-base fixada no mínimo legal, reconhecidos os bons antecedentes e a primariedade do réu, e aplicada a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, não é possível a escolha do modo prisional mais gravoso com base na gravidade abstrata do delito.

Assim, restando a reprimenda definitivamente estabelecida em patamar inferior a quatro anos - 2 anos de reclusão -, a definição de regime penal mais gravoso exige concreta motivação, a tanto não servindo argumentos de gravidade abstrata do delito e dos genéricos efeitos sociais da criminalidade.

A propósito:

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.

Dessa maneira, nota-se que nenhuma motivação pelo crime concretizado (tráfico privilegiado) foi aduzida no acórdão condenatório para fixar o regime mais severo, indicando-se apenas a gravidade abstrata do delito, o que torna certa a ausência de fundamentos válidos para a imposição de regime mais gravoso.

Não se tendo no tema, com a clara motivação deficiente, divergência nesta Sexta Turma do Tribunal, desde logo reconheço a ilegalidade arguida.

De outro lado, evidenciado resta o *periculum in mora* pela possibilidade de prisão do réu em regime mais gravoso do que o que lhe seria devido.

Quanto ao pedido de substituição da pena, tem-se que detém caráter eminentemente satisfativo, melhor cabendo seu exame no julgamento de mérito, assim inclusive garantindo-se a necessária segurança jurídica.

Ante o exposto, defiro o pedido de liminar para determinar, até o julgamento final deste *writ*, que o paciente cumpra a pena em regime aberto.

Solicitem-se informações.

Após, ao Ministério Público Federal, para manifestação.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 08 de fevereiro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator