

HABEAS CORPUS Nº 489.801 - SP (2019/0015896-5)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FABRICIO DOS SANTOS OLIVEIRA - SP419524
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENATO GUILHERME DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PARECER ACOLHIDO. Ordem concedida, liminar confirmada.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em benefício de **Renato Guilherme da Silva**, no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação Criminal n. 0048620-97.2017.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão em regime inicial fechado (fls. 18/21).

A defesa interpôs recurso de apelação que restou improvido (fls. 22/30).

Daí o presente o *writ*, em que a impetrante alega que o paciente sofre constrangimento ilegal em razão da fixação do regime fechado, para início de cumprimento da pena, sem a devida fundamentação.

Requer, assim, seja concedida a ordem para modificar o regime prisional.

Liminar deferida pelo Ministro Presidente (fls. 34/36).

Informações prestadas (fls. 39/42 e 50/61), o Ministério Público

Federal ofereceu parecer pela concessão da ordem (fls. 45/49).

É o relatório.

Estou de acordo com o parecer oferecido pelo Subprocurador-Geral da República Nívio de Freitas Silva Filho, cujos fundamentos, a seguir transcritos, adoto como razão de decidir (fls. 46/49):

[...] é cediço que o Pretório Excelso estabeleceu, via controle incidental, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, permitindo a fixação de regime mais brando para o cumprimento da pena aos autores de crimes hediondos e equiparados.

A decisão, entretanto, não exclui a possibilidade, no caso concreto, de fixação de regime mais gravoso para início do cumprimento da sanção. A tanto, devem ser ponderadas, além do quantum de pena aplicado na espécie, os contornos específicos do delito e da personalidade do agente.

Na escolha do regime prisional, que deve ser suficiente a reprovar e prevenir o maléfico crime de tráfico de entorpecentes, o órgão julgador deve levar em consideração, por força do princípio da individualização da pena, a quantidade e a qualidade da droga apreendida (art. 42 da Lei nº 11.343/06), que deve prevalecer sobre o art. 59 do CP, pois, quanto maior o poder de disseminação do entorpecente, mais grave é a conduta criminosa, exigindo, por consequência, uma resposta mais efetiva por parte do Estado.

Nesse contexto, o recrudescimento das condições de cumprimento da pena, para além do que permite o critério objetivo relacionado à sua extensão, deve, na esteira do que se exige em toda e qualquer decisão judicial tendente à restrição de direitos, ser motivado, demonstrando-se, de forma clara e precisa, a inadequação do regime mais brando – **exigência não atendida pelo Tribunal a quo.**

Observa-se que o regime inicial fechado foi fixado com fundamento apenas na gravidade abstrata do delito, sem, contudo, apontar elemento concreto dos autos que efetivamente evidenciasse a necessidade de fixação do modo inicialmente mais gravoso de execução.

Ademais, em favor do paciente pesa o fato de que a quantidade de droga apreendida – 49g de Cocaína e 36g de maconha – não se revela tão expressiva assim.

Assim, tratando-se de paciente primário e de inexpressiva quantidade de droga apreendida, o condenado à pena de 01 ano e 08 meses de reclusão, na esteira do entendimento desse eg. STJ, tem direito ao regime inicial aberto.

Nesse sentido, confira-se os seguintes precedentes desse STJ:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. MINORANTE DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI DE TÓXICOS APLICADA. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR

RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. O Paciente foi preso em flagrante, no dia 19 de dezembro de 2011, e condenado à pena de de 01 ano e 08 meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, porque encontrado em seu poder, para difusão ilícita, 15 porções de maconha.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

3. Afastado o óbice previsto na Lei de Drogas, pela resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, deve o Juízo competente analisar se o condenado preenche ou não os requisitos para a obtenção da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, à luz do art. 44 do Código Penal.

4. Habeas corpus concedido para, mantida a condenação, determinar que o Juízo das Execuções Criminais competente proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos e do regime aberto de cumprimento de pena.

(HC 266.272/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 09/05/2013) grifo nosso
[...]

Ante o exposto, acolhendo o parecer ministerial, **concedo a ordem**, para fixar o regime aberto como início do cumprimento da pena, confirmando a liminar anteriormente deferida.

Comunique-se.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 14 de fevereiro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator