

**HABEAS CORPUS Nº 492.679 - SP (2019/0038434-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**  
**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** : CESAR DA SILVA BRITO (PRESO)

**EMENTA**

*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. ALTERAÇÃO DO REGIME. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO. RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. PREENCHIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EVIDÊNCIA.

Ordem concedida liminarmente nos termos do dispositivo.

**DECISÃO**

Neste *habeas corpus*, impetrado pela Defensoria Pública de São Paulo em favor de **Cesar da Silva Brito**, aponta-se como ato coator o acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça daquele estado na Apelação n. 0000062-94.2017.8.26.0050.

De acordo com os autos, o paciente foi condenado, por sentença proferida pelo Juízo de Direito da 18ª Vara Criminal da comarca de São Paulo/SP, às *penas de 02 (dois) anos, mais ao pagamento de 200 (duzentos) dias-multa, por ser incurso no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006. Foi estabelecido como regime inicial de cumprimento de pena o regime fechado* (fl. 2), bem como negada a substituição da reprimenda por penas restritivas de direitos.

Interposto recurso contra o referido édito condenatório, o Tribunal *a quo* deu parcial provimento à apelação para alterar o regime inicial para o semiaberto, mantendo os demais pontos (fls. 32/40).

Esse é o contexto do presente *mandamus*, no qual a impetrante requer *seja, liminarmente, concedido ao paciente o regime inicial aberto, deferindo-lhe, ainda, a substituição da pena corporal por reprimenda alternativa* (fl. 11). Como causa de pedir, sustenta estarem preenchidos todos os requisitos legais previstos no art. 33, § 2º, *c*, e § 3º, do Código Penal, bem como haver violação do entendimento jurisprudencial consolidado dos Tribunais superiores. Ademais, alega que, diante do *quantum* de pena fixado, o condenado faz jus ao benefício previsto no art. 44 do Código Penal.

É o relatório.

Mesmo em um juízo de cognição sumário, entendo ser manifesto o constrangimento ilegal imposto ao paciente.

Em primeiro lugar, no que tange ao regime inicial para o cumprimento da pena e tendo em vista o entendimento consolidado nas Súmulas 719/STF e 440/STJ, não se sustenta a conclusão do Tribunal paulista (fl. 39) de que

[...] O regime inicial fechado deve ser afastado e fixado o regime semiaberto, com base nas circunstâncias que lhe foram favorável para a aplicação do benefício previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, presentes, ainda, as demais condições favoráveis (réu primário, sem antecedentes desabonadores) justifica-se e recomenda-se que o acusado inicie o cumprimento da pena corporal em regime inicial intermediário, em que se submeterá a uma fiscalização ostensiva, apesar de poder exercer atividade laboral que o auxiliará na sua reintegração social com menor risco. [...]

Afinal, na espécie, nos termos do art. 33, § 2º, *c*, do Código Penal, é perfeitamente admissível o regime inicial aberto para o cumprimento da reprimenda corporal fixada em 2 anos de reclusão. Como exposto pelo próprio acórdão e pela sentença (fls. 20/22), todas as circunstâncias do art. 59 do Código Penal foram favoráveis.

Em segundo lugar, quanto à concessão da substituição prevista no art. 44 do Código Penal, a sentença proferida pelo Juízo de primeiro grau

negou tal benefício ao apenado com a seguinte fundamentação (fls. 21/22 - grifo nosso):

[...] 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, tal caráter é ora afastado. **A supressão do caráter de crime hediondo, entretanto, 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. Se inviável, mormente no caso concreto, a imposição de outro regime inicial, que não o fechado, com maior razão a inviabilidade da substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos. Tal porque, não obstante tenha sido suprimida expressão legal que vedava, abstratamente, a pena restritiva de direito na lei antidrogas, o fato é que se trata mesmo de delito muito gravoso à coletividade, em geral, e à saúde pública, em especial, havendo justa e clara motivação para que haja início de cumprimento de pena em regime mais gravoso. O narcotráfico não se coaduna, pois, juridicamente e até por lógica formal, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. [...]**

Por sua vez, o Tribunal de Justiça de São Paulo manteve tal negativa com fulcro na gravidade abstrata do delito. Como se vê da motivação destacada abaixo, nada falou a Corte sobre os requisitos subjetivos do paciente (fls. 38/39):

[...] Embora o Supremo Tribunal Federal, em recente decisão proferida em julgamento de um *habeas corpus*, tenha reconhecido a inconstitucionalidade de parte dos artigos 33, parágrafo 4º, e 44, *caput*, da Lei nº 11.343/06, para afastar a vedação abstrata da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (Informativo nº 598, Título Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substituição de Pena Privativa de Liberdade por Restritiva de Direitos - 13, Processo HC - 97256) e o Senado Federal tenha cumprido a sua função constitucional (art. 52, inciso X, da Constituição Federal) ao decretar a suspensão da execução de parte do parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, em sua expressão que rezava "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", **certo é que César da Silva Brito não preenche o requisito de ordem subjetiva prevista no artigo 44, inciso III, do Código Penal para o alcance da referida benesse. Além disso, as penas restritivas somente substituem a pena privativa de liberdade quando suficientes para a prevenção e repressão do crime, levando em**

conta, entre outros fatores, a conduta social e a personalidade do condenado (art. 44, III, do CP). É indubitoso que não se pode ter como boas a conduta social e a personalidade de agente condenado por tráfico de entorpecente. A medida não é socialmente recomendável e a benesse só daria ao delinqüente o sentido da impunidade, o que deve ser evitado. [...]

No que tange ao benefício em questão, verifico que o paciente satisfaz os pressupostos do art. 44 do Código Penal. Ora, a pena foi estabelecida em patamar inferior a 4 anos de reclusão, o paciente é primário, de bons antecedentes e teve uma análise favorável das circunstâncias judiciais. Portanto, faz jus ao benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Nessa linha, a propósito, os seguintes precedentes:

[...]

2. **As instâncias de origem justificaram a imposição do regime inicial fechado tão somente com base na hediondez e na gravidade abstrata do delito de tráfico, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento jurisprudencial pátrio. Assim, é imperiosa a fixação do regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal, tendo em vista o *quantum* da reprimenda final imposta, a saber, 2 anos de reclusão.** Ressalva do entendimento pessoal desta Relatora.

3. Ordem concedida, a fim de fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a serem especificadas pelo juízo da execução penal (Ação Penal nº. 1500781-03.2017.8.26.0567).

(HC n. 438.138/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 11/5/2018 - Grifo nosso)

[...]

4. Negada pelas instâncias ordinárias a substituição das penas com base em fundamento inidôneo, consistente na gravidade abstrata do delito, sendo favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, possível o deferimento do benefício, nos termos do disposto no art. 44 do CP.

5. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para reduzir as penas a 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, fixando o regime aberto para o cumprimento inicial da pena reclusiva e substituindo-a por restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo juízo das execuções.

(HC n. 359.271/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 4/5/2017)

[...]

4. Hipótese em que as instâncias ordinárias referiram-se apenas à gravidade abstrata do delito para fixar o regime inicial semiaberto e negar a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

5. O *quantum* da condenação (1 ano e 8 meses de reclusão), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea c, do CP, além da substituição por restritiva de direitos.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, confirmando a liminar anteriormente deferida, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

(HC n. 346.761/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 11/3/2016)

Ante o exposto, **concedo** liminarmente a ordem (art. 34, XX, do RISTJ) para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena, substituindo-a por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo competente (Processo n. 0000062-94.2017.8.26.0050 - 18ª Vara Criminal da comarca de São Paulo/SP).

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 13 de fevereiro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior  
Relator