

HABEAS CORPUS Nº 479.198 - SP (2018/0303924-5)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
GUSTAVO CABRAL NARCISO GIANETTE - MG116415
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELINTON DOS SANTOS MARTINS

EMENTA

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO. ENTENDIMENTO FIXADO EM 27/06/2012, PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AO JULGAR O HC N.º 111.840/ES, REL. MIN. DIAS TOFFOLI. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de WELINTON DOS SANTOS MARTINS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação n.º 0008883-45.2014.8.26.0292.

Consta dos autos que, em 12/04/2016, o Paciente foi denunciado porque trazia consigo 30 (trinta) pedras de *crack*, de peso aproximado de 5,21g (cinco gramas e vinte e um centigramas), 19 (dezenove) porções de maconha, com peso de 63,85g (sessenta e três gramas e oitenta e cinco centigramas) e 29 (vinte e nove) *ependorfs* de cocaína, totalizando 36,7g (trinta e seis gramas e sete decigramas).

Foi condenado, em primeiro grau, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado. A reprimenda foi substituída por uma pena restritiva de direitos e multa, além do pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa. Na oportunidade, o Juiz de primeiro grau reconheceu o direito do Paciente e do Corréu de recorrerem em liberdade.

Contra a sentença a Defesa interpôs recurso de apelação, que, em 06/04/2018, foi desprovido, por maioria, pelo Tribunal de origem. O acórdão foi assim ementado (fl. 104):

"EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - RECURSO

DEFENSIVO - TRÁFICO DE DROGAS - ABSOLVIÇÃO (Mário) - IMPOSSIBILIDADE - Demonstradas satisfatoriamente a autoria e a materialidade do crime de tráfico de entorpecente, de se manter a condenação do agente, decretada em primeiro grau.

DESCCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 37, DA LEI N. 11.343/06-Mário) - Inviabilidade - conduta praticada pelo réu se adequa ao delito de tráfico.

APELANTE REINCIDENTE (Mário) - REGIME CARCERÁRIO FECHADO - SUBSTITUIÇÃO DE PENA - IMPOSSIBILIDADE. Constatada a reincidência, não se aplica a causa de redução de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, devendo ser mantido o regime carcerário inicial fechado e a negativa de substituição de pena. Não caracteriza bis in idem a utilização da reincidência como circunstância agravante da pena e como causa impeditiva da aplicação do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Precedentes do STJ.

RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA (Welinton) - Impossibilidade - A pena-base deverá ser fixada de acordo com os parâmetros previstos no artigo 59 do Código Penal, não podendo ser fixada abaixo dos mínimos, ainda que reconhecidas eventuais atenuantes. Incidência das Súmulas 231, do STJ.

FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO (Welinton) - O apelante primário, que teve suas penas reduzidas em observância ao disposto no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, é possível a fixação do regime carcerário aberto.

Recurso parcialmente provido."

Na presente impetração, a Defensoria Pública estadual sustenta, em suma, a ilegalidade da fixação do regime fechado para início de cumprimento da pena.

Requer, liminarmente e no mérito, que o Paciente aguarde em liberdade o julgamento do *writ* ou a fixação do regime inicial aberto para o cumprimento da pena.

Em 16/11/2018, deferi o pedido liminar para fixar o regime aberto e determinar ao Juízo de primeiro grau que, *incontinenti*, estabelecesse as condições de cumprimento ao Paciente, se por *al* não estivesse preso. (fls. 82-86).

O Juiz das Execuções Penais prestou informações às fls. 95-97, e Tribunal *a quo* às fls. 101-102, acompanhadas de documentos.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 157-165, assim ementado (fl. 157):

"HABEAS CORPUS. CRIMES - CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS ART. 33, CAPUT, LEI 11.343/06. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO PARA O REGIME SEMIABERTO –

POSSIBILIDADE – REGIME FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. PENA BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PARECER PELA CONCESSÃO DA ORDEM."

É o relatório. Decido.

A pretensão defensiva deve prosperar.

No acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o Redator para o ato, ao manter o regime inicial fechado, consignou razões **dissociadas da situação concreta**, ao afirmar tratar-se de "**crime praticado com ameaça de arma** contra a pessoa, que, segundo penso, impõe o regime mais rigoroso" (fl. 139; sem grifos no original).

De outra parte, em consonância com a jurisprudência desta Corte e do Pretório Excelso, entendeu o Desembargador Relator originário do acórdão ora impugnado, cujo entendimento foi vencido, o que se segue (fls. 49-52; sem grifos no original):

"Da alteração do regime em relação a Welinton

Ressalte-se, que em julgamentos pretéritos este Relator, em face da natureza hedionda do delito de tráfico, defendia o entendimento de que era inviável a fixação de outro regime que não fosse o fechado, tendo como incabível também a substituição da pena por restritivas de direitos, alterei esse entendimento.

A jurisprudência mais recente do Pretório Excelso e do Colendo STJ deixa claro a possibilidade de fixação do regime aberto e a substituição da pena corporal por restritivas de direitos aos delitos da nova lei de tóxicos - Lei nº 11.343/06.

[...]

Assim, diante da atual orientação dominante nos Tribunais Superiores e do quantum de pena aplicada na espécie, hei por bem fixar o regime aberto para o cumprimento da reprimenda corporal estabelecida, com base no art. 33, § 2º, 'c', do Código Penal.

3 - Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso interposto por Mário Sérgio Barbosa, e, dá-se parcial provimento ao recurso interposto por Welinton dos Santos Martins, apenas para alterar o regime inicial de cumprimento da pena para o aberto, mantendo-se, no mais, a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos."

Com efeito, no tocante ao regime de cumprimento de pena, 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 e as Súmulas n.ºs 440/STJ e 718 e 719/STF.

Nesse sentido, destaco o seguinte julgado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. RACIONALIZAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO HEROICO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. INDEFERIDA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FUNDAMENTO NA HEDIONDEZ DO DELITO E NA GRAVIDADE ABSTRATA DA CONDUTA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PRIMARIEDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO.

[...]

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES em 27/6/2012, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe conferiu a Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados.

3. Em 1º/9/2010, quando do julgamento do HC n. 97.256/RS, a Corte Suprema declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade das expressões 'vedada a conversão em penas restritivas de direito' e 'vedada a conversão de suas penas em restritivas de direito', constantes, respectivamente, do §4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.

4. Caso em que o regime fechado foi aplicado à pena reclusiva imposta à paciente, mais severo do que a reprimenda comporta, sem fundamentação idônea, apenas com fulcro na hediondez do delito e na gravidade abstrata da conduta. Afronta ao art. 93, IX, da Constituição da República, e ao Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte Superior de Justiça, segundo o qual: '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'. Nos mesmos termos, estão os Enunciados n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, também afrontados pelas instâncias ordinárias.

5. Considerando o quantum da condenação (1 ano, 11 meses e 10 dias), a primariedade da paciente, o fato de não lhe terem sido

apontadas circunstâncias judiciais desfavoráveis e o preenchimento dos pressupostos previstos no art. 44 do Código Penal, configura constrangimento ilegal a aplicação do regime inicial fechado e a negativa de substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

6. Habeas corpus *não conhecido*. Ordem concedida de ofício, para alterar o regime de cumprimento de pena para o aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais." (HC 360.539/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016, sem grifos no original.)

Confirmam-se, a propósito, as mencionadas súmulas:

"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 n.º 440 do STJ)

"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 n.º 718 do STF)

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea." (Súmula n.º 719 do STF)

No caso, verifica-se que o Réu é primário, a pena-base foi fixada no mínimo legal e a pena definitiva foi estabelecida em *quantum* inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, ou seja, em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão.

Assim, incidem, no caso, as regras previstas no art. 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º, do Código Penal, as quais dispõem, respectivamente, que *"o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto"* e que *"a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código"*.

Por isso, a jurisprudência do Pretório Excelso é no sentido de que *"se o condenado é primário e os critérios do art. 59 CP impõem a aplicação da pena mínima, não cabe determinar regime inicial de execução mais rigoroso que o admissível em tese"* (HC 72.315/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 26/05/1995).

Com igual conclusão, cito ainda o seguinte precedente:

"HABEAS CORPUS. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. SÚMULA N.º 719 DO STF.

1. *Fixada a pena em seu mínimo legal, inferior a 4 (quatro) anos, não sendo caso de reincidência, e não havendo circunstância judicial desfavorável, tal como reconheceu o acórdão impugnado, não há falar em adoção do regime inicial semiaberto, se o próprio paradigma legal permite a adoção do regime inicial aberto* (art. 33, § 2º, c e § 3º c/c art. 59, CP).

2. *Incidência da Súmula nº 719 do STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."*

3. *Ordem concedida.*

4. *Extensão da ordem, de ofício, ao corréu.*" (STF, HC 83.613/SP, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, DJ de 30/4/2004 – sem grifos no original.)

No mais, apenas para que não se alegue omissão, não foi formulado pedido de substituição da pena privativa de liberdade por reprimendas restritivas de direitos.

Ante o exposto, CONCEDO a ordem de *habeas corpus* para ratificar a decisão liminar em que fixei regime ABERTO e determinei ao Juízo de primeiro grau que, *incontinenti*, estabelecesse as condições de cumprimento ao Paciente, se por *al* não estivesse preso.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 15 de fevereiro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora