

**HABEAS CORPUS Nº 494.100 - SP (2019/0046776-1)**

**RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**  
**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**WILD AFONSO OGAWA FILHO**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : ANDRE LUIZ MOREIRA DOS SANTOS SALOMAO**  
**(PRESO)**

**EMENTA**

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRIVATIVA DE LIBERDADE. RESTRITIVA DE DIREITOS. CONVERSÃO DAS PENAS. POSSIBILIDADE.

Ordem concedida liminarmente nos termos do dispositivo.

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de **Andre Luiz Moreira dos Santos Salomao**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Narram os autos que o paciente foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime fechado, como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 32/37 – Processo n. 000401-43.2017.8.26.0603).

Irresignada, a defesa recorreu, tendo o Tribunal de Justiça negado provimento à apelação, mantendo incólumes os termos da sentença (fls. 39/43 – Apelação Criminal n. 000401-43.2017.8.26.0603).

Daí a presente impetração, em que se alega ilegalidade na fixação do regime fechado para o início de cumprimento da pena, bem como a denegação da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, visto que fundamentados na hediondez do crime.

Requer-se, pois, a concessão liminar da ordem nos termos apresentados.

É o relatório.

Da sentença condenatória extrai-se (fls. 36/37):

[...] O réu terá seu nome lançado no rol dos culpados após o trânsito em julgado, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado e não é caso de substituição da pena corporal por pena restritiva de direitos, já que praticou crime grave, equiparado a hediondo, que gera intranquilidade social e que produz efeitos nefastos a usuários e à sociedade, responsável por grande parte dos crimes violentos que ocorrem em nosso país. Ademais, a culpabilidade e a personalidade do agente ( art. 44, III, do Código Penal ), bem como as consequências do crime, não recomendam a fixação de outro regime inicial que não seja o fechado e a substituição por pena restritiva de direitos, pois o crime de tráfico é privado de uma série de benefícios ( fiança, graça e indulto art. 5º, XLIII, da Constituição Federal ) e previsto em lei especial de origem constitucional, de modo que a fixação de regime inicial mais brando e a substituição da pena corporal por pena restritiva de direitos seriam insuficientes para a reprovação e prevenção do crime.

Considerando que o Tribunal de Justiça corroborou o entendimento do Juízo singular, passo à análise das insurgências.

Tem-se dos autos que é perceptível a ausência de fundamentação idônea a ensejar a aplicação do regime fechado, tampouco para negar a substituição da pena, uma vez que lastreada, basicamente, na vedação da Lei dos Crimes Hediondos.

Sabe-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 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.

De igual modo, não mais subsiste o fundamento relativo à vedação constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, porquanto *o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 97.256/RS, Ministro Ayres Britto, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.*

11.343/2006 (HC n. 174.772/MG, Quinta Turma, Ministra Laurita Vaz, DJe 4/5/2011).

Assim, superada a vedação contida no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 e levando-se em conta a primariedade e o *quantum* da pena – 1 ano e 8 meses –, descabe a aplicação do regime mais gravoso (art. 33, § 3º, do CP), sendo viável, também, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Ante o exposto, **concedo liminarmente** a ordem para garantir ao paciente o direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos a serem estipuladas pelo Juízo da execução, bem como determinar que tal Juízo reexamine o regime para o cumprimento inicial da pena, afastadas a hediondez e a gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas.

Comunique-se com urgência.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 19 de fevereiro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior  
Relator