HABEAS CORPUS Nº 476.606 - SP (2018/0287237-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		FABIO MANTOVAN DOS SANTOS - SP263297
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	CICERO ISAAC DA SILVA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de CÍCERO ISAAC DA SILVA no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0002813-11.2018.8.26.0635).

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado, como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, c/c o § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, mais pagamento de 166 dias-multa, por ter sido apreendido na posse de "*15,2g (quinze gramas e dois decigramas) de cocaína em pó, acondicionados em 44 (quarenta e quatro) microtubos plásticos do tipo 'eppendorf', e 14,6g (quatorze gramas e seis decigramas) de Tetrahidrocanabinol, vulgarmente conhecida como 'maconha', acondicionados em 09 (nove) invólucros plásticos*" (e-STJ fl. 10).

Irresignado, apelou o Ministério Público, sendo o recurso provido a fim de estabelecer o regime fechado para o início de cumprimento da pena do paciente. Eis a ementa (e-STJ fl. 17):

> *APELAÇÃO CRIMINAL - Tráfico de drogas privilegiado - Sentença condenatória – Inconformismo do Ministério Público pleiteando, exclusivamente, (1) a fixação de regime fechado, em detrimento do aberto, e (2) o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito - Cabimento - Regime inicial fechado que se mostra mais adequado, levando em conta a gravidade do crime praticado – Impossibilidade se substituição da reprimenda corporal por penas restritivas de direitos, considerando que esta medida se revela insuficiente à reprovação e prevenção do crime – Precedentes jurisprudenciais, em casos análogos – Sentença condenatória parcialmente reformada - RECURSO PROVIDO.*

Daí o presente *habeas corpus*, no qual aduz o impetrante que o

paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, sustentando, em síntese, que o acusado faria jus à fixação do regime aberto para o início de cumprimento da reprimenda.

Requer a concessão de liminar a fim de impedir a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente e, no mérito, a concessão da ordem, fixando-se o regime aberto, com substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi deferida (e-STJ fls. 28/31).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem de ofício (e-STJ fl. 37).

É, em síntese, o relatório.

O pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, por ofender a garantia constitucional de individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal). Afastou, dessa forma, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e dos demais delitos a eles equiparados.

Em tal contexto, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

Na hipótese, o Tribunal de Justiça, reformando a sentença, fixou o regime inicial fechado, bem como negou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da hediondez e da gravidade abstrata do delito, senão vejamos (e-STJ fls. 18/23):

> *Respeitado o entendimento adotado pelo Meritíssimo Juiz da causa, o recurso comporta provimento.*
>
> *Com efeito, de acordo com o Col. STF, a quantidade da pena, por si*

só, não basta para o estabelecimento de regime carcerário mais benigno. Vale dizer, "a determinação do regime inicial de cumprimento de pena depende não apenas das regras do caput do art. 33 do CP e seu § 2º, mas também de suas próprias ressalvas, conjugadas com o caput do art. 59 e seu inc. III" (STF, 1ª Turma, RHC 64.970/RJ, rel. Min. Sydney Sanches, RTJ, 136/145; igualmente, do mesmo relator HC 70.289/SP, RTJ, 148/490). Ainda no mesmo teor, outro precedente pode ser mencionado (STF, 2ª Turma, HC 70.454/SP, rel. Min. Paulo Brossard, RTJ, 151/207).

Assim, para a fixação do regime de cumprimento de pena, deve o Magistrado, verificando a quantidade da pena, o disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal, e sopesando os critérios previstos no artigo 59, do referido Diploma Legal, estabelecer o regime penitenciário.

Neste prisma, embora pelo montante da pena fixado o artigo 33, § 2°, alínea "c", do Código Penal, preveja o regime inicial aberto, verifica-se que o regime inicial fechado se revela mais apropriado, considerando que o apelante praticou crime grave, indicativo de que a sociedade, por meio do legislador, exige repressão mais firme a delitos deste jaez.

O crime praticado pelo réu gera intranquilidade social e produz efeitos nefastos a usuários e à sociedade, sendo responsável por grande parte dos crimes violentos que ocorrem em nosso país. Outrossim, a culpabilidade do agente (artigo 44, inciso III, do Código Penal), bem como as consequências do crime, não recomendam a fixação de outro regime inicial que não o fechado, tampouco a substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos, pois o crime de tráfico é privado de uma série de benefícios (fiança, graça e indulto art. 5°, XLIII, da Constituição Federal) e previsto em lei especial de origem constitucional, de modo que a fixação de regime inicial mais brando, assim como a substituição da pena corporal por pena restritiva de direitos, seriam insuficientes à reprovação e prevenção do crime.

Remansoso o entendimento que dá como imperiosa a imposição do regime fechado para início do cumprimento da pena, adotado também por este Colendo Tribunal: "PENA. Reclusão. Tráfico de drogas. Substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos. Impossibilidade. Incompatibilidade com a condição de traficante (artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06) Recurso não provido neste aspecto." (TJSP, Apelação Criminal nº 1.180.451-3/5, Taubaté, 5ª Câmara de Direito Criminal, rel. MARCOS ZANUZZI, j. 24.4.2008); Apelação nº 0055727-66.2015.8.26.0050 "impossível a substituição prevista no artigo 44 do Código Penal, ou mesmo a concessão do sursis, pois o crime de tráfico de entorpecentes revela uma gravidade peculiar, ferindo o equilíbrio social e desestabilizando a sociedade, tanto assim que, por força de norma constitucional, é assemelhado aos crimes hediondos, cuja pena deve ser cumprida no regime prisional inicial fechado, determinação esta que se mostra incompatível com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou com a concessão do sursis." (TJSP. Apelação 0023644-33.2010.8.26.0224. Relator: Luís Carlos de Souza Lourenço. 5ª Câmara de Direito Criminal. DJ 26/01/2012);

> *"Inviável, por fim, a pretendida substituição da pena por res tritiva de direitos, absolutamente inadequada à conduta daquele que se dedica a prática do tráfico, conduta social de consequências nefastas à sociedade" (TJSP, Apelação nº 0040683-80.2010.8.26.0050, Rel. Des. Pinheiro Franco, 5ª Câmara Criminal, j. 30.06.11, v.u.).*
>
> *Dessa forma, o regime inicial fechado deve ser fixado, em estrita observância ao disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal, sendo afastada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em razão desta medida se revelar insuficiente à reprovação e prevenção do crime.*
>
> *[...]*
>
> *Por fim, nem se alegue ofensa aos entendimentos preconizados nas Súmulas 718 e 719 do Col. STF, e Súmula 440 do Col. STJ, pois os fatos concretos e as circunstâncias aferidas, ambos extraídos dos autos, demonstram não ser recomendável a adoção de regime prisional mais brando, no caso dos autos.*

Depreende-se que o Tribunal de origem assim decidiu com esteio apenas na gravidade em abstrato do delito, deixando de indicar elementos concretos dos autos que demonstrassem a real necessidade de imposição de regime prisional mais gravoso, o que vai de encontro ao teor dos enunciados 718 e 719 da Súmula do STF, bem como do enunciado 440 da Súmula do STJ, que assim dispõem:

> *Enunciado 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.*
>
> *Enunciado 719/STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."*
>
> *Enunciado 440/STJ: 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.*

Sob tal perspectiva e diante dos parâmetros acima aludidos, entendo que o paciente faz jus ao regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda que lhe foi imposta.

Por fim, afastada a hediondez ou a gravidade abstrata do crime como critério para obstar a substituição da pena e preenchidos os pressupostos previstos no art. 44 do Código Penal, resulta cabível a conversão da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Ante o exposto, **concedo a ordem**, para assegurar ao paciente o regime

aberto para o cumprimento da pena, bem como para substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 20 de fevereiro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator