HABEAS CORPUS Nº 484.754 - SP (2018/0337377-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		DOUGLAS SCHAUERHUBER NUNES - SP332595
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	BRUNO RIBEIRO MAXIMO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de BRUNO RIBEIRO MAXIMO apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de **1 ano e 8 meses de reclusão**, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, em decorrência da apreensão de **6,6g (seis gramas e seis decigramas) de cocaína e 10,5g (dez gramas e cinco decigramas) de maconha** – e-STJ fl. 14.

Da decisão condenatória tanto a acusação quanto a defesa interpuseram recursos de apelação. O Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo e proveu o do Ministério Público para fixar o **regime fechado** para o cumprimento da reprimenda (e-STJ fls. 22/27).

Daí o presente *writ*, no qual alega a impetrante que, *"consoante o artigo 33, §2º, alínea 'd' do Código Penal, Súmulas 718 e 719 do STF, o paciente poderia iniciar o cumprimento da pena em regime aberto. Tendo os desembargadores considerado anteriormente que o paciente preenche os requisitos do artigo 59 do Código Penal, não há justo motivo para fixar o regime inicial da pena de modo mais gravoso que o permitido em lei, com base apenas na gravidade em abstrato do delito"* (e-STJ fl. 4).

Requer, liminarmente, seja determinado que o paciente aguarde em liberdade o julgamento do mérito do presente *habeas corpus*.

No mérito, requer a alteração do regime inicial de cumprimento da pena, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi deferida (e-STJ fls. 31/33).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem de ofício (e-STJ fls. 39/44).

É, em síntese, o relatório.

Quanto ao regime inicial para o cumprimento da pena, 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, em razão da hediondez e da gravidade abstrata do delito (e-STJ fl. 26):

> *Fixou-se o regime semiaberto para início de cumprimento de pena, e neste aspecto, merece guarida a insurgência ministerial, pois, em se tratando de delito de tráfico, o regime inicial fechado é o que deve ser estabelecido para o cumprimento da pena do acusado, levando-se em conta a Lei 11.464, de 28 de março de 2007, que alterou a redação do artigo 2º da Lei 8072/90, permitindo a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados.*
>
> *Ademais, referido regime é o único capaz de prover ressocialização ao increpado, tendo em vista que suas limitações são as mais rigorosas possíveis, ensejando a reflexão e a repressão do impulso delitivo.*
>
> *Por igual motivo, não são recomendáveis a substituição ou a suspensão condicional da pena, por não serem suficientes para o caso em tela, vez que crime assemelhado a hediondo, demandando maior rigor punitivo.*

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 deve ser submetido 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 em medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Ante o exposto, **concedo a ordem** para fixar o regime aberto para o início de cumprimento da pena do paciente, 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