HABEAS CORPUS Nº 502.709 - SP (2019/0096486-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO CASSIANO FERNANDES PINTO DE CARVALHO - SP0330412
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	WELLINGTON PAIXAO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E LESÃO CORPORAL LEVE. PENA DE 1 ANO E 8 MESES EM REGIME ABERTO, SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA MAJORA A PENA E ESTABELECE O REGIME INICIAL FECHADO, COM FUNDAMENTO NA HEDIONDEZ DO CRIME. (ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990). CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DO REDUTOR NO MÁXIMO (2/3). POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO. SENTENÇA RESTABELECIDA.
Ordem concedida liminarmente nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **Wellington Paixao da Silva**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça local, que denegou o HC n. 0000297-47.2016.8.26.0551 (fl. 78):

> APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES, LESÃO CORPORAL E DESACATO.
> Recurso Defensivo não conhecido por intempestividade. Recurso Ministerial. Afastamento do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas. Acusado preenche os requisitos legais para concessão da benesse.
> Crime de lesão corporal. Causa de aumento do artigo 129, § 12, do CP. Reconhecimento. Guardas Municipais. Artigo 144, § 8º, da Constituição Federal. Atividades de segurança pública e exposição a riscos. Pena readequada.
> Regime prisional alterado para o fechado, afastada a substituição da pena. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

Narram os autos que o Juízo da 3ª Vara Criminal da comarca de Limeira/SP condenou o *paciente a 1 ano e 8 meses de reclusão; 5 meses e 10 dias de detenção; bem como ao pagamento de 168 dias multa, calculados pelo valor mínimo legal. Substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária de um salário mínimo à entidade pública ou privada com destinação social a ser indicada pelo juízo da Execução e na prestação de serviços à comunidade pelo*

mesmo prazo da sanção corporal (fl. 41).

O Tribunal de Justiça paulista, por sua vez, deu provimento à apelação do *Parquet* estadual, para *o fim de reconhecer a causa de aumento prevista no art. 129, § 12, do Código Penal, e aumentar a pena do acusado em relação ao crime de lesões corporais para 4 meses de detenção, bem como para alterar o regime de cumprimento de pena do crime de tráfico de drogas para o inicial fechado e afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, mantida, no mais, a r. sentença como lançada* (fl. 90).

Daí o presente *habeas corpus*, em que se pretende o restabelecimento do regime inicial fechado de cumprimento da pena, bem como da substituição da pena privativa por restritiva de direitos estabelecida na sentença

Alega-se que, *em afronta aos* [...] *dispositivos legais e constitucionais, o v. acórdão de segundo grau, em que pese ter mantido a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, e sabedor de que as circunstâncias judiciais, ao menos do crime de tráfico de drogas, são e eram favoráveis ao paciente, que é primário e de bons antecedentes, impôs o regime inicial fechado, à mingua de fundamentação idônea, nesse teor, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal* (fl. 6).

Sustenta-se que *a pena privativa de liberdade é inferior a 4 anos. O paciente é primário, tem bons antecedentes e as circunstâncias judiciais são favoráveis, de forma que a pena base foi fixada no mínimo legal, e fora reconhecido o tráfico privilegiado, em seu patamar máximo (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006). Ou seja, estranha e contraditoriamente, o redutor e a pena foram intocados, mas só o regime fechado foi imposto, sem qualquer razão lógica ou jurídica legítima* (fl. 8).

Defende-se, ainda, que *a quantidade da pena imposta, aliada ao fato de o crime não comportar violência ou grave ameaça, bem como ser recomendável a medida, levando-se em consideração sua primariedade e bons antecedentes, conduzem ao cabimento da pena restritiva de direitos. Preenche, ainda, os demais requisitos subjetivos, uma vez que as circunstâncias judiciais fizeram com que a pena fosse*

estabelecida no mínimo legal (fl. 9).

Requer-se, inclusive em liminar, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

É o relatório.

Na hipótese em análise, verifica-se a ocorrência de flagrante ilegalidade, porquanto não houve fundamentação idônea para a fixação do regime mais gravoso e para a não substituição da pena.

Com efeito, as instâncias de origem, para impor o regime fechado e negar a substituição da pena, não levaram em consideração as particularidades do caso concreto, mas apenas a gravidade em abstrato e a hediondez do delito pelo qual foi condenado o paciente.

Ao que se observa dos autos, a Corte de Justiça paulista estabeleceu a reprimenda da seguinte forma (fls. 86/88):

> Quanto ao regime de cumprimento de pena, o fechado se mostra o adequado, de acordo com a determinação constante no artigo 2º, § Iº, da Lei n. 8.072/1990, que regula os crimes hediondos, hipótese equiparada ao caso concreto.
>
> Aliás, a modalidade é, na verdade, a única compatível com a gravidade do delito praticado e está em sintonia com o rigor com que o legislador tratou o traficante, negando-lhe benefícios outros que normalmente concede a infratores de normas diversas.
>
> Com efeito, se não tem ele direito à liberdade provisória, fiança etc., não faria sentido que, condenado, pudesse receber pena alternativa, ou cumprir a reprimenda em outro regime.
>
> A respeito, tem-se que "O regime prisional inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n°. 11.464/2007, que deu nova redação ao § 1° do art. 2° da Lei n. 8.072/1990" (STJ: HC n. 207.414, Ministra Laurita Vaz, julgado 4/10/2011).
>
> Embora o Supremo Tribunal Federal (HC n. 111.840/ES) tenha declarado a inconstitucionalidade do § 1" do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, a. r. decisão não foi unânime e foi feita de forma incidental, não possuindo eficácia erga omnes e nem efeito vinculante.
>
> Assim, por tais razões, o regime deve ser alterado para o fechado.
>
> [...]
>
> O rigor com que a Carta Política tratou o traficante é incompatível com quaisquer benefícios, tanto que o regime inicial, em tal caso, será o fechado (art. 2º, § Iº, da Lei n. 8.072/1990, na redação que lhe deu o art. Iº, da Lei n" 11.464/07).
>
> Apesar da Resolução n° 05, editada pelo Senado Federal, que suspendeu a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/2006, mantém-se o entendimento de

> que o único regime prisional compatível com o delito de tráfico, equiparado a hediondo, é o fechado.
>
> O delito de tráfico foi reputado de especial gravidade pela Constituição da República. Nesta conformidade, não considero razoável substituir-se a sanção reclusiva por penas alternativas. Trata-se de crime que exige punição mais severa, razão pela qual não se mostra social e juridicamente recomendável a pretendida substituição, insuficiente à prevenção e reprovação do delito, à vista do disposto no art. 44, inc. III, do Código Penal.

Ora, a jurisprudência das Cortes Superiores é tranquila ao afirmar que, 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 440/STF).

Além disso, 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 718/STF). Por fim, a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada exige motivação idônea (Súmula 719/STF).

Ademais, a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, prevista no art. 44, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, foi superada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 101.291/SP (DJe 12/2/2010).

Nesse contexto, tenho que a fundamentação adotada para impor o regime mais rigoroso e afastar a substituição da pena, vai de encontro aos enunciados já indicados, bem como à jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.

Também não subsiste o impedimento previsto na parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, tendo sido declarado inconstitucional esse aspecto do dispositivo pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC n. 97.259 (DJe 16/2/2010). Com a edição da Resolução n. 5/2012, em 15/2/2012, do Senado Federal, não há como insistir na discussão da questão.

De mais a mais, vale lembrar que, em 23/6/2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no HC n. 118.533, por maioria de votos, entendeu que o chamado tráfico privilegiado não deve ser considerado crime de natureza hedionda. Isso deu ensejo ao cancelamento da Súmula 512 pelo Superior Tribunal de Justiça.

Sobre os temas, confiram-se, ainda, estes recentes julgados: HC n. 474.531/SP, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 22/11/2019; e HC n. 375.963/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 19/12/2018.

Assim, **concedo liminarmente** a ordem para restabelecer a sentença condenatória imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n. 0000297.47.2016.8.26.0551.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 08 de abril de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator