HABEAS CORPUS Nº 494.405 - SP (2019/0048711-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DANIELE CRISTINA BARBATO - SP236007
		DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	JULIO SILVA DOS SANTOS

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de JULIO SILVA DOS SANTOS apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0042497-83.2017.8.26.0050).

Consta dos autos ter sido o paciente condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, e ao pagamento de 166 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, **ante a apreensão de 47 papelotes de maconha, contendo 80,8g (oitenta gramas e oito decigramas), e de 27 *eppendorfs* de cocaína, pesando 14,6g (quatorze gramas e seis decigramas)** – e-STJ fl. 20**.**

Irresignada, a defesa ingressou com recurso, tendo o Tribunal *a quo* negado provimento ao apelo nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 25):

> *APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de drogas. Condenação. Recurso da defesa. Redutor do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas mantido diante da ausência de recurso ministerial. Pleiteado regime menos gravoso para cumprimento de pena. Crime hediondo. regime fechado de rigor. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Detração deverá ser analisada no juízo das execuções. Recurso defensivo improvido.*

No presente *writ*, sustenta a impetrante constrangimento ilegal na fixação do regime fechado, sobretudo em razão de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal. Invoca, ainda, os enunciados 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal e 440 da Súmula desta Corte.

Afirma, também, ser caso de substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.

Busca, inclusive liminarmente, seja fixado o regime aberto ou, ao menos, o regime semiaberto, bem como seja substituída a reprimenda privativa de

liberdade por restritivas de direitos.

Liminar deferida às e-STJ fls. 35/38.

Parecer pela concessão da ordem nos termos da ementa ora transcrita (e-STJ fl. 42):

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.*
>
> *POSSIBILIDADE. FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT E PELA CONCESSÃO DE OFÍCIO DA ORDEM.*

É, em síntese, o relatório.

Busca-se, na presente impetração, o reconhecimento de constrangimento ilegal na manutenção de regime mais gravoso para o cumprimento da pena privativa de liberdade, bem como o deferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

No caso, o Tribunal *a quo* fundamentou a operação dosimétrica, a fixação do regime para cumprimento da reprimenda e a negativa para a substituição vazado nos seguintes argumentos (e-STJ fls. 28/29):

> *Na primeira fase, o douto Julgador acertadamente fixou a pena-base no mínimo, 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, considerando favoráveis as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal.*
>
> *Na segunda fase, ausentes circunstâncias atenuantes ou agravantes, manteve-se a pena-base.*
>
> *Na terceira fase, houve por bem o Magistrado de piso aplicar a causa de diminuição de pena prevista artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Considerou, para tanto, a primariedade e a ausência de prova de envolvimento com o crime organizado. E, mesmo a despeito de não ter o Apelante comprovado exercer atividade lícita, teve a maior redução possível. Diante da ausência de recurso ministerial, não há reparo a ser feito.*
>
> *A imposição de regime fechado para início do cumprimento da pena é o reflexo esperado por conta do tratamento mais rigoroso dado pela Constituição da República ao crime de tráfico ilícito de drogas que, inclusive, é equiparado à categoria de crime hediondo.*
>
> *Neste sentido, a Constituição Federal reserva tratamento especialmente severo ao tráfico ilícito de entorpecentes nos artigos 5º, inc. XLIII e LI, e artigo 243, parágrafo único. Na mesma toada*

> *caminhou o legislador infraconstitucional ao equiparar o tráfico de drogas à categoria de crime hediondo, submetendo os autores desta espécie de delito às previsões específicas e mais rigorosas preconizadas pela Lei nº 8.072/90.*
>
> *O tratamento mais severo configura eficiente medida político-criminal, harmonizando a legislação brasileira aos Tratados Internacionais de que o país é signatário, referentes ao combate contra a traficância ilícita, sobretudo diante do alto índice de drogas produzidas no país e a localização estratégica do Brasil como rota para a entrada e saída de entorpecentes para distribuição nacional e internacional.*
>
> *Do mesmo modo, não comporta acolhimento o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.*
>
> *Com efeito, os artigos 33, § 4º, e 44, caput, ambos da Lei nº 11.343/06, impedem que os condenados pela prática dos crimes definidos nos artigos 33, caput, e inciso I, e artigos 34 a 37, todos da referida Lei de entorpecentes, sejam beneficiados com a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.*

Verifica-se que as instâncias ordinárias fundamentaram a aplicação do regime mais gravoso no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos. No entanto, vale registrar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou o mencionado dispositivo inconstitucional, não sendo mais possível a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base apenas no mencionado dispositivo legal. O discurso judicial que se apresenta puramente teórico, carente de reais elementos de convicção, não justifica a imposição do modo mais opressor de custódia.

Constata-se, pois, que, *in casu*, o regime fechado aplicado à pena reclusiva, mais severo do que a reprimenda comporta, foi fixado sem fundamentação idônea, em evidente afronta ao art. 93, IX, da Constituição da República e ao enunciado 440 da Súmula desta Corte Superior, que segue transcrito: "*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*".

Nesse mesmo sentido, confiram-se os enunciados 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, respectivamente:

> *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.*
>
> *A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*

Em consequência, considerando o *quantum* da condenação, a primariedade do paciente e o fato de não lhe terem sido apontadas circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve-lhe ser conferido o regime aberto, em conformidade com o disposto no art. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do Código Penal.

Na orientação do enunciado da Súmula n. 440 do Superior Tribunal de Justiça, confiram-se estes precedentes das Turmas que compõem a Terceira Seção deste Tribunal Superior:

> *RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONSUMAÇÃO. VULNERÁVEL. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO COM FULCRO NA HEDIONDEZ DO DELITO. AFASTAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> [...] *4. Por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES, realizado em sessão extraordinária do dia 27/6/2012, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, 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, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e de outros a eles equiparados.*
>
> *5. O Juízo de primeiro grau e o Tribunal de Justiça entenderam devida a imposição do regime inicial fechado, sem haver apontado elementos concretos dos autos que, efetivamente, evidenciassem a imprescindibilidade de imposição do modo mais gravoso. Assim, considerado o quantum de pena imposto ao condenado (inferior a 8 anos), a análise favorável das circunstâncias judiciais e a primariedade do agente, é necessário reconhecer o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda.*
>
> *6. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido, para impor o cumprimento inicial da pena no regime semiaberto.*
>
> (REsp 1269648/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 28/03/2016.)

> HABEAS CORPUS *IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TENTATIVA DE ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE PESSOAS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. ENUNCIADOS N. 440 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ E 718 E 719 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF.* HABEAS CORPUS *NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO, PARA FIXAR O REGIME INICIAL ABERTO.*

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus *substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.*

- Nos termos do Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, "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". No mesmo sentido, são os Enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF.

- No caso dos autos, após fixada a pena-base no mínimo legal, pois favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, o regime inicial fechado foi fixado sem fundamentação idônea, ou seja, sem a indicação das circunstâncias judiciais desfavoráveis, previstas no art. 59 do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para fixar o regime inicial aberto (HC 305.936/SP, relator Ministro ERICSON MARANHO, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJSP, SEXTA TURMA, julgado em 12/02/2015, DJe 26/02/2015).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. DESPROPORCIONALIDADE NÃO VERIFICADA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO EM 1/6. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DAS DROGAS. PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...] *6. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.* [...]

10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena e para fixar o regime inicial semiaberto. (HC 372.645/RS, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2016, DJe 16/11/2016.)

Sob tal perspectiva, diante dos parâmetros acima aludidos, dada a quantidade de pena aplicada (1 ano e 8 meses de reclusão), fixada a pena-base no mínimo legal e concedida a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, impõe-se a fixação do regime aberto para início de cumprimento da reprimenda, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois foram preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

Tal o contexto, **concedo a ordem de *habeas corpus* para alterar o regime inicial de cumprimento da reprimenda para o aberto e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem estipuladas pelo Juízo das Execuções Criminais, ratificando a liminar de e-STJ fls. 35/38.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 09 de abril de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator