HABEAS CORPUS Nº 499.528 - SP (2019/0078061-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	MAURO HENRIQUE CENCO
ADVOGADO	:	MAURO HENRIQUE CENÇO - SP082762
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	SERGIO ANTONIO DE SOUZA FILHO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de SÉRGIO ANTÔNIO DE SOUZA FILHO no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0007427-92.2016.8.26.0291).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista que foi surpreendido na posse de **40,24g (quarenta gramas e vinte e quatro centigramas) de maconha, distribuídos em vinte e um invólucros plásticos**, além da quantia de R$ 54,00 (cinquenta e quatro reais) em espécie (e-STJ fls. 36/40).

Interposta apelação, os desembargadores da Terceira Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça negaram provimento ao recurso defensivo (e-STJ fls. 54/63).

No Superior Tribunal de Justiça, a defesa aponta constrangimento ilegal decorrente da imposição do regime inicialmente fechado para cumprimento da reprimenda, bem como da não substituição da pena privativa de liberdade por outras restritivas de direitos.

Sustenta que, apesar de a pena-base ter sido fixada no patamar mínimo legal, por serem favoráveis ao acusado todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, pela minorante prevista na Lei de Drogas ter sido concedida em seu grau máximo e pela sanção definitiva ser inferior a quatro anos de reclusão, o regime prisional mais severo foi mantido com fulcro na natureza hedionda do delito, além de não ter sido substituída a medida constritiva por outras alternativas à prisão.

Pontua que, primeiramente, as instâncias originárias reconheceram o

tráfico privilegiado, no entanto, em seguida, de forma contraditória, utilizaram a hediondez do crime para estabelecer o regime prisional mais gravoso.

Alega ofensa às Súmulas n. 718 e 719 do Superior Tribunal Federal e 440 do Superior Tribunal de Justiça. Ressalta que não foi observado o disposto nos arts. 33, § 2º, *c*, e 44, ambos do Código Penal.

Reforça que o paciente é primário, ostenta bons antecedentes e possui residência fixa e trabalho lícito, sendo, também, ínfima a quantidade de droga apreendida em seu poder.

Dessa forma, requer, liminarmente e no mérito, seja abrandado o regime prisional para o aberto, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e a competente expedição do contramandado de prisão (e-STJ fls. 3/31).

O pedido liminar foi deferido (e-STJ fls. 76/79).

Ouvido, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem (e-STJ fls. 82/87).

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 espécie, embora estabelecida a pena-base no mínimo legal e reconhecida a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o colegiado local manteve o regime fechado tendo em vista que, "nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal, e a duas, porque guarda plena sintonia com a gravidade do caso concreto, perniciosidade das substâncias apreendidas, e, ainda, com as seríssimas consequências deste delito, o qual atenta contra a saúde pública e dissemina o vício, contribuindo com a degradação da pessoa, da família e do convício social" (e-STJ fl. 63).

Dessa forma, entendo que o regime fechado, mais severo do que aquele que a pena comporta, foi fixado sem fundamentação idônea, já que foi considerada, tão somente, a gravidade abstrata do delito, afrontando o disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição da República e no enunciado 440 da Súmula desta Casa, 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, seguem 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.*

Nesse tear, diante dos parâmetros acima, dada a quantidade de pena aplicada, fixa-se o **regime aberto** para o início do cumprimento da pena.

Preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução Penal.

À vista de tais pressupostos, **concedo a ordem para fixar o regime inicial aberto de cumprimento de pena, ratificada a liminar, e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem estipuladas pelo Juízo da Execução Penal**.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 11 de abril de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator