HABEAS CORPUS Nº 500.764 - SP (2019/0085565-0)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	DANIELA DI CARLA MACHADO NARCIZO
ADVOGADO	:	DANIELA DI CARLA MACHADO NARCIZO - SP149140
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	DANIEL DA SILVA BEZERRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TRÁFICO DE DROGAS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RECLUSIVA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE, NO PONTO. MODO CARCERÁRIO FECHADO. INIDONEIDADE. ENTENDIMENTO FIXADO EM 27/06/2012, PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AO JULGAR O HC N.º 111.840/ES, REL. MIN. DIAS TOFFOLI. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. ESTABELECIMENTO DO REGIME INICIAL ABERTO. ARTS. 33, § 2.º, ALÍNEA *C*, E § 3.º, C.C. O 59, TODOS DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS N.ºs 718 E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E 440 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de DANIEL DA SILVA BEZERRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Estado de São Paulo na Apelação n.º 1503183-53.2017 – São Vicente.

Na denúncia, imputou-se a seguinte conduta ao Paciente (fl. 12):

"*Consta dos autos de inquérito policial anexo que, no dia 10 de outubro de 2017, por volta das 19h30min, na Rua Perpetua de Oliveira Freitas, nº 1651, Jardim Rio Branco, nesta cidade de São Vicente DANIEL DA SILVA BEZERRA, menor de 21 anos de idade, RG 58.996.542/SSP-SP, nascido em 31/8/1997, filho de Maria dos Anjos da Silva, natural de São Vicente/SP, residente na Rua Perpetua de Oliveira, 446, Jardim Rio Branco, São Vicente, trazia consigo, transportava e guardava* ***14 (catorze) porções de Cannabis sativa L (maconha), pesando cerca de 34g (trinta e quatro gramas), 13 (treze) porções de crack, pesando cerca de 4g (quatro gramas), e 22 (vinte e duas) porções de cocaína, pesando cerca de 42g (quarenta e duas gramas)*** [...]." (sem grifos no original)

Em primeiro grau de jurisdição, o Acusado foi condenado à pena de 1

(um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto – substituída por duas reprimendas restritivas de direitos.

O Sentenciado e o Ministério Público, então, interpuseram recursos de apelação, julgados pelo Tribunal de origem nos termos do acórdão ora impugnado, assim ementado (fl. 28):

> "*APELAÇÃO CRIMINAL - Tráfico de drogas - Autoria e materialidade delitiva comprovadas - Decisão condenatória que se impõe - Impossibilidade de absolvição - Penas readequadas - Aplicação do redutor inserto no §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 na fração de 1/2 -* ***Regime prisional fechado para início de cumprimento de pena - Impossibilidade da substituição das penas privativas de liberdade*** *- Recurso ministerial parcialmente provido e apelo defensivo desprovido.*"

Nas razões desta Impetração, alega-se, em suma, que é ilegal a fixação apriorística do regime inicial fechado na hipótese, que "*vai de encontro com o determinado no artigo 33, parágrafo 2º, 'c' do CP e a inconstitucionalidade do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06*" (fl. 6).

Requer-se, assim, liminarmente, seja determinada a suspensão da condenação e, no mérito, fixado o regime aberto.

Em 27/03/2019, deferi parcialmente o pedido liminar para determinar ao Juiz de primeiro grau que, *incontinenti*, estabelecesse as condições e transferisse o Paciente para o regime aberto, mantida, no mais, a execução provisória da pena reclusiva.

O Juiz de Primeiro Grau prestou informações às fls. 54-55, e o Tribunal *a quo* às fls. 64-65, acompanhadas de documentos.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 56-62, pela denegação.

É o relatório. Decido.

Inicialmente, o pedido de suspensão da execução provisória da pena reclusiva não pode prosperar.

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o ARE n.º 964.246 RG/SP, julgado sob o regime da repercussão geral, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria no sentido de que "[...] *a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal*" (ARE 964.246 RG, Relator Ministro TEORI

ZAVASCKI, DJe de 25/11/2016).

Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se extrai do seguinte julgado:

> "*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO CULPOSO DA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. REGIME INICIAL SEMIABERTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. CABIMENTO. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
>
> *1.* [...].
>
> *3.* ***Ante o esgotamento das instâncias ordinárias - como no caso -, de acordo com entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE n. 964.246, sob a sistemática da repercussão geral, é possível a execução da pena depois da prolação de acórdão em segundo grau de jurisdição e antes do trânsito em julgado da condenação, para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos constitucionais por ele tutelados.***
>
> *4. Agravo regimental não provido*." (AgRg no AREsp 1.058.790/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 09/08/2018; sem grifos no original.)

Dessa forma, na hipótese, em que a jurisdição ordinária já se exauriu (conforme as informações prestadas pelo Tribunal de origem, o recurso especial interposto pelo Condenado já havia sido inadmitido, sem o registro de posterior impugnação até aquele momento – fls. 64-65), não há, no ponto, ilegalidade a ser sanada.

Quanto ao regime prisional, todavia, o *writ* tem fundamento.

Rememoro que, em poder do Paciente, foram apreendidas "*14 (catorze) porções de Cannabis sativa L (maconha), pesando cerca de 34g (trinta e quatro gramas), 13 (treze) porções de crack, pesando cerca de 4g (quatro gramas), e 22 (vinte e duas) porções de cocaína, pesando cerca de 42g (quarenta e duas gramas)*" (fl. 12). O Juiz de primeiro grau, na sentença, ao estabelecer o regime prisional, estabeleceu o regime semiaberto, *tout court*.

Por sua vez, o Tribunal estadual, ao recrudescer o modo carcerário, consignou o que se segue (fls. 35-36):

> "*Em relação ao regime de cumprimento de pena, deve ser mantido* [*sic*] *o fechado, considerando-se aqui, além da hediondez do*

delito por equiparação, a gravidade e nocividade concreta da conduta evidenciada pela quantidade e pela natureza da droga apreendida.

Ademais, a imposição da pena-base no mínimo legal cominado à espécie não é determinante no estabelecimento do regime inicial de cumprimento de pena, isso porque, os requisitos do artigo 59, do Código Penal, podem ser analisados em duas fases, num primeiro momento para a fixação do montante da pena e, em segundo plano, para a fixação de regime.

Na espécie, analisando a última parte do artigo em comento 'estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime' tem-se que o regime inicial mais severo (fechado) é o único satisfatório em relação à gravidade objetiva do fato.

Em outras palavras, a pena funciona como uma resposta do Estado ao comportamento social ilícito realizado pelo recorrente que colocou em risco, não apenas a saúde do usuário, mas, também, a integridade de toda a sociedade."

Com efeito, o estabelecimento de regime carcerário mais gravoso no caso é, em absoluto, inidôneo.

O Juízo *a quo* e o Tribunal de origem deixaram de aplicar entendimento fixado, em 27/06/2012, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, quando a Corte declarou incidentalmente, por maioria, a inconstitucionalidade do § 1.º, do art. 2.º, da Lei n.º 8.072/90 (redação dada pela Lei n.º 11.464/07) e afastou a obrigatoriedade apriorística de se fixar o regime inicial fechado para os condenados por tráfico.

Confira-se a ementa do julgado:

"**Habeas corpus.** ***Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida***.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar

com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, *deve ser o semiaberto.*

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

*5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que '[*a*]* pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. **Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado**.*' "* (sem grifos no original)

Na ocasião, estabeleceu o Supremo Tribunal Federal que o § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90 vai de encontro ao princípio constitucional da individualização da pena, previsto no art. 5.º, inciso XLVI, da Constituição da República, porquanto cabe ao Magistrado particularizar a reprimenda do condenado, conforme as circunstâncias do caso concreto. No ponto, transcrevo os seguintes fundamentos do voto do Ministro Relator DIAS TOFFOLI, *in verbis*:

"*No inciso XLIII do rol das garantias constitucionais – artigo 5º - afastam-se, tão somente, a fiança, a graça e a anistia, assegurando-se, em inciso posterior (XLVI), de forma abrangente, sem excepcionar essa ou aquela prática delituosa, a individualização da pena. No tocante ao tema, assinalo que, a partir do julgamento do HC nº 82.959/SP (Tribunal Pleno, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 1º/9/06), esta Corte Suprema passou a admitir a possibilidade de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, dada a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Tal possibilidade veio a ser acolhida posteriormente pela Lei nº 11.464/07, que modificou a Lei nº 8.072/90, positivando-se, desse modo, a possibilidade da mencionada progressão. Contudo, como já dito, essa lei estipulou que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados fosse, obrigatoriamente, cumprida inicialmente no regime*

> *fechado. Tal como já indagado no julgamento do HC nº 82.959/SP, tinha e tem o legislador ordinário poder para isso estabelecer? A minha resposta é negativa. Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, o qual foi modificado pela Lei nº 11.464/07.*"

Dessa forma, independentemente do caráter hediondo do crime, para a fixação do regime prisional devem ser observados os parâmetros previstos no Código Penal, considerada a pena definitiva imposta.

No caso, diante da ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a pena-base foi fixada no piso legal (fl. 23 e fl. 33). Outrossim, na terceira fase da dosimetria da pena, entendeu-se que "*está presente a causa de diminuição da pena descrita no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, tendo em vista a primariedade do acusado e a ausência de indícios de que integre organização criminosa ou se dedique a atividade ilícita*" (fl. 34). Por isso, **se não há o reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mas o mero registro de elementar do tipo, é ilegítimo agravar o regime de cumprimento da pena**.

A jurisprudência do Pretório Excelso há muito ratificou esse entendimento, ao repetidamente afirmar que "*se o condenado é primário e os critérios do art. 59 CP impõem a aplicação da pena mínima, não cabe determinar regime inicial de execução mais rigoroso que o admissível em tese*" (HC 72.315/MG, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 1.ª Turma, DJ de 26/05/1995).

Destaco, a propósito, o teor das Súmulas n.os 718 e 719 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.*"

No mais, menciono, ainda, o entendimento sedimentado na Súmula n.º 440 deste Tribunal, *in verbis*:

> "*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.*"

Na espécie, o Réu é primário, a pena-base foi fixada no mínimo legal e a pena definitiva foi estabelecida em 4 (quatro) anos de reclusão. Assim, incidem, no caso, as regras previstas no art. 33, § 2.º, alínea *c*, e § 3.º, do Código Penal, as quais dispõem, respectivamente, que "*o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto*" e que "*a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código*". Dessa forma, o modo carcerário que deveria ter sido fixado inicialmente é o aberto.

Com igual conclusão, cito o seguinte precedente:

> "HABEAS CORPUS. *REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. SÚMULA N.º 719 DO STF.*
>
> *1.* ***Fixada a pena em seu mínimo legal, inferior a 4 (quatro) anos, não sendo caso de reincidência, e não havendo circunstância judicial desfavorável, tal como reconheceu o acórdão impugnado, não há falar em adoção do regime inicial semi-aberto, se o próprio paradigma legal permite a adoção do regime inicial aberto*** *(art. 33, § 2º, c e § 3º c/c art. 59, CP).*
>
> *2. Incidência da Súmula nº 719 do STF: 'A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.'*
>
> *3. Ordem concedida.*
>
> *4. Extensão da ordem, de ofício, ao co-réu.*" (STF, HC 83.613/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE, 2.ª Turma, DJ de 30/04/2004; sem grifos no original.)

Concluo que o entendimento dos Órgãos de instância inferior – além de ser manifestamente inconstitucional e ilegal –, por ser expressamente contrário ao posicionamento do STF e do STJ, **ofende diretamente a principal função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça, qual seja, a de unificar a aplicação do direito federal**.

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem de *habeas corpus* para ratificar o provimento liminar em que determinei ao Juiz de primeiro grau que, *incontinenti*, estabelecesse as condições e transferisse o Paciente para o regime aberto, mantida a execução provisória da pena reclusiva.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora