HABEAS CORPUS Nº 495.534 - SP (2019/0057686-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		DIOGO CESAR PERINO - SP274029
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	JOSE HENRIQUE ARAUJO (PRESO)

DECISÃO

JOSE HENRIQUE ARAUJO alega sofrer coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação n. 0000077-19.2018.8.26.0603.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de **2 anos e 6 meses de reclusão**, em regime inicial **fechado**, como incurso no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Em apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa e determinou a expedição de mandado de prisão.

Requer, liminarmente e no mérito, seja concedido o "**direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da decisão condenatória, ou, imediatamente estabelecer o regime inicial aberto de cumprimento de pena**" (fl. 7).

A liminar foi **deferida** em parte, para assegurar que o paciente aguarde no regime semiaberto o julgamento final deste habeas corpus.

Dispensadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem.

Decido.

No que tange à pretendida imposição de regime mais brando de cumprimento de pena, verifico que o Juízo de primeiro grau entendeu devida a fixação do modo inicialmente **fechado**, "pois os réus possuíam **grande quantidade de 'maconha' (540,00 g)**, para fins de tráfico" (fl. 82).

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve o regime fechado, pelos seguintes fundamentos (fls. 120, grifei):

> [...]
> Ademais, **a quantidade da droga apreendida, 02 (duas) porções (um pedaço de um tijolo e um tablete) de maconha, pesando cerca de 540 grs. (quinhentos e quarenta gramas)**, justifica, por si só, a fixação de regime mais severo para início do cumprimento da pena, pelo excessivo mal que pode causar à saúde pública, atingindo um número incontável de pessoas, podendo levar os usuários da droga traficada ate a morte, o que bem revela a frieza, indiferença e, consequentemente, periculosidade dos apelantes, de modo a justificar a manutenção do regime fechado imposto na r. sentença de primeiro grau, nos termos do artigo 42 da Lei de Drogas.
> [...]

Imperioso salientar que, por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES, realizado em sessão extraordinária no 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 a eles equiparados.

Dessa forma, reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração **o *quantum* da pena imposta, a natureza e/ou a quantidade de drogas apreendidas, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto**, para que, então, seja definido o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal, mostre-se o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

Na espécie, verifico que as instâncias ordinárias consideraram devida a fixação do regime inicial fechado, em razão da quantidade de droga apreendida.

Assim, embora o fundamento utilizado pelas instâncias ordinárias justifique, concretamente, a adoção de regime prisional mais severo, a teor do art. 33, § 3º do Código Penal, certo é que, no caso, à vista da **quantidade de pena aplicada** – inferior a 4 anos de reclusão – e da **primariedade do réu**, o regime mais gravoso do que o correspondente à pena aplicada é o semiaberto, e não o fechado.

Não se pode olvidar que o paciente, além de **tecnicamente primário** ao tempo do delito, foi condenado a pena **inferior a 4 anos de reclusão** e todas as circunstâncias foram favoráveis (tanto que a pena-base foi fixada no **mínimo legal**) –, de modo que não se mostra **nem razoável nem proporcional** que o fundamento utilizado pelo Tribunal de origem (quantidade da droga apreendida) seja suficiente para, por si só, justificar a imposição do regime inicial mais gravoso.

No tocante a **substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos**, a Corte de origem negou a benesse com base na vedação legal e na gravidade abstrata do delito (fls. 121-122).

Registro que, para a concessão do benefício, é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos objetivos e subjetivos exigidos para a concessão dessa benesse, os quais se encontram previstos no art. 44 do Código Penal.

No caso, tendo em vista que todas as circunstâncias são **favoráveis** ao acusado (conforme já salientado por ocasião da escolha do regime inicial de cumprimento de pena), não vejo como concluir que a substituição da reprimenda não seja medida socialmente recomendável.

Portanto, entendo evidenciado o constrangimento ilegal apontado, razão pela qual deve ser substituída pena privativa de liberdade do paciente por **duas** restritivas de direitos, **as quais deverão ser estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais**, à luz das peculiaridades do caso concreto.

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **concedo a ordem**, para: a) fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena e b) determinar a substituição da reprimenda por duas restritivas de direitos, a serem escolhidas pelo Juízo das Execuções Criminais (Processo n. 0000077-19.2018.8.26.0603, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Araçatuba – SP). Comunique-se, com urgência, o inteiro teor desta decisão às instâncias de origem para as providências cabíveis.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 10 de abril de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**