HABEAS CORPUS Nº 493.408 - SP (2019/0042545-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		THIAGO SOARES PICCOLOTTO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	MATHEUS DA CONCEICAO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de MATHEUS DA CONCEIÇÃO no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 250 dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 14/18), tendo em vista que foi surpreendido na posse de **39 *eppendorfs* contendo de cocaína, com peso aproximado de 19,2g (dezenove gramas e dois decigramas); de 40 *eppendorfs* com *crack*, pesando aproximadamente 5,4g (cinco gramas e quatro decigramas); e de 30,4g (trinta gramas e quatro decigramas) de maconha distribuídos em 18 porções**, além da quantia de R$ 21,75 (vinte e um reais e setenta e cinco centavos) em dinheiro (e-STJ fl. 5).

Interposta apelação, os desembargadores da Oitava Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça negaram provimento ao recurso defensivo (e-STJ fls. 31/39). Recebeu o acórdão esta ementa (e-STJ fl. 32):

> *APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de drogas. Condenação. Recurso da defesa. Pleito de aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas em seu grau máximo. Inadmissível. Redutor mantido na ausência de recurso ministerial. 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. Recurso defensivo improvido.*

Neste *writ*, a Defensoria Pública aponta constrangimento ilegal decorrente

da imposição do regime fechado para início de cumprimento da sanção.

Sustenta que, apesar da quantidade de pena definitivamente aplicada e da primariedade do acusado, o regime mais gravoso foi estabelecido com fundamento, somente, na gravidade abstrata do delito e em sua natureza hedionda.

Dessa forma, requer, liminarmente e no mérito, o abrandamento do regime inicial de cumprimento da reprimenda para o aberto (e-STJ fls. 1/4).

O pedido liminar foi deferido para que o paciente pudesse aguardar no regime aberto o julgamento deste *habeas corpus* (e-STJ fls. 43/46).

Os autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal, que se manifestou pelo afastamento do caráter hediondo do tráfico privilegiado, com a fixação do regime de cumprimento de pena menos gravoso (e-STJ fls. 53/56).

É, em síntese, o relatório.

Objetiva a defesa, na presente impetração, a aplicação do regime prisional inicialmente aberto, sob o argumento de ausência de fundamentação idônea para a manutenção do regime mais gravoso.

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.

Quanto ao tema, o Juízo sentenciante estabeleceu o regime inicialmente fechado, nos seguintes termos (e-STJ fl. 17):

> *Regime de cumprimento de pena: fechado, o único cabível para o caso, por expressa previsão legal, nos termos das Leis ns. 8.072/90 e 11.464/07, dispositivos que se encontram em plena vigência e eficácia, pois trata-se de crime hediondo, que atenta contra a saúde pública, com enormes consequências no meio social, sendo inclusive mola propulsora da prática de outros*

> *crimes contra o patrimônio e a incolumidade física, cabendo ao Juízo das Execuções analisar os requisitos subjetivos e objetivos do acusado para a concessão de eventuais benefícios (CP, art. 33, §§ 2º e 3º e CPP, art. 387, §2º).*

Decisão que foi mantida pelo Tribunal de Justiça, consoante a transcrição abaixo (e-STJ fl. 39):

> *Conclui-se, portanto, que o crime continua grave e hediondo, sendo que tal substituição, bem como a fixação de regime mais brando, não se mostra suficiente para reprovação e prevenção do crime, sendo, portanto, inaplicável sua concessão.*

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).

Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte Superior, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que aquele que permite a pena aplicada, quando forem apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito, o que não ocorreu na espécie.

No mesmo sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INTEMPESTIVIDADE DO APELO NOBRE. PRAZO COMPUTADO NOS MOLDES DO ART. 798 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA RECLUSIVA DE 1 ANO, 11 MESES e 10 DIAS. REGIME FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES ALTERNATIVAS. REFERÊNCIA À HEDIONDEZ DO CRIME. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA.*
>
> [...]
>
> *3. Cominada a pena reclusiva de 1 ano, 11 meses e 10 dias, tendo em vista a apreensão de 26,15g (vinte e seis gramas e quinze centigramas) de cocaína e 9,16g (nove gramas e dezesseis centigramas) de maconha, verifico flagrante ilegalidade na*

> *fixação do regime fechado e no indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.*
>
> *4. Com efeito, estipulada a pena-base no mínimo legal, reconhecida a primariedade da agente e cominada a minorante do tráfico privilegiado na fração máxima, não é possível negar esses benefícios com espeque na hediondez do delito e na quantidade de estupefaciente apreendido que, no caso, é inexpressiva. Incidência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719/STF.*
>
> *5. Agravo regimental desprovido. Habeas corpus concedido, de ofício, para fixar o regime aberto e conceder a substituição da pena* (AgInt no AREsp 1142322/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe 12/03/2018).
>
> *AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FALTA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE. ÓBICES: DEFICIÊNCIA NAS RAZÕES RECURSAIS (SÚMULA 284/STF), AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E NECESSIDADE DE REEXAMINAR PROVAS (SÚMULA 7/STJ). APLICABILIDADE DA SÚMULA 182/STJ CONFIRMADA.*
>
> [...]
>
> *3. O regime inicial de cumprimento da pena não pode ser fixado na modalidade mais gravosa, nem ser negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, com base na hediondez do tráfico de drogas ou em outro fundamento genérico, sob pena de contrariar orientação consolidada nas Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.*
>
> *4. Agravo regimental improvido. Ordem de habeas corpus concedida para fixar o regime inicial aberto com determinação de substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos a serem especificadas pelo Juízo da Execução* (AgRg no AREsp 1131099/SP, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 21/11/2017).

Como se depreende das transcrições acima, as instâncias originárias estabeleceram o regime prisional inicialmente fechado com alicerce, apenas, na gravidade abstrata do delito e em sua natureza hedionda, sem indicar elementos concretos dos autos que demonstrassem a real necessidade de imposição de regime prisional mais gravoso, o que vai de encontro ao teor dos enunciados das Súmulas n. 718 e 719 do STF e 440 do STJ, que assim dispõem:

> *Enunciado 718/STF: "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".*
>
> *Enunciado 719/STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".*
>
> *Enunciado 440/STJ: "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".*

Sob tal perspectiva, diante dos parâmetros acima aludidos e considerada a quantidade de pena aplicada – 2 anos e 6 meses de reclusão –, ressaltando-se que a pena-base foi fixada no patamar mínimo legal e que a minorante foi concedida na fração de 1/2, impõe-se a fixação do regime inicialmente aberto para cumprimento da reprimenda.

Ante o exposto, **concedo a ordem de *habeas corpus* a fim de fixar o regime inicialmente aberto para o cumprimento da pena, ratificando a liminar.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 10 de junho de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator