HABEAS CORPUS Nº 515.139 - SP (2019/0167322-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE	:	TARCISIO FERNANDO BLUMER TEIXEIRA LEITE
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	GILVAN APARECIDO DE SOUSA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de **Gilvan Aparecido de Sousa**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação Criminal n. 0000618-23.2018.8.26.0548).

Narram os autos que o ora paciente foi condenado em primeira instância como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (apreensão de 50 *eppendorfs* de cocaína, com peso líquido de 24,7g, 28 pedras de *crack*, com peso total de 6,6g e 5 porções individuais de maconha, com peso líquido de 150,4g), às penas de 2 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial aberto, e ao pagamento de 250 dias-multa, pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direitos (fls. 20/22). Inconformada, a acusação apelou. O Tribunal local deu provimento ao recurso, a fim de fixar o regime inicial fechado para cumprimento da pena corporal e afastar a substituição da reprimenda (fls. 10/19).

No presente *writ*, alega o impetrante constrangimento ilegal, tendo em vista a imposição do regime fechado com fundamentação equivocada, com base na gravidade em abstrato do delito (fls. 5/8).

Entende ser cabível, no caso, o regime aberto, considerando a quantidade da pena aplicada.

Postula, ao final, a concessão liminar da ordem, a fim de substituir o regime fechado aplicado para o regime aberto e, ainda, a aplicação de penas restritivas de direitos em substituição à privativa de liberdade (fl. 8).

É o relatório.

A ordem merece ser liminarmente concedida.

Com efeito, o voto condutor do acórdão *a quo*, ao reformar parcialmente a sentença condenatória, fixou o regime fechado para início de cumprimento de sanção penal, nos seguintes termos (fls. 14/18):

> [...] Assim, para a fixação do regime de cumprimento de pena, deve o Magistrado, verificando a quantidade da reprimenda, o disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal, e sopesando os critérios previstos no artigo 59 do referido diploma legal, estabelecer o regime penitenciário.
>
> Neste prisma, embora pelo montante fixado da pena o artigo 33, § 2°, alínea "c", do Código Penal, preveja o regime inicial aberto, verifica-se que o regime inicial fechado se revela mais apropriado, considerando que o apelante praticou crime grave, indicativo de que a sociedade, por meio do legislador, exige repressão mais firme a delitos deste jaez.
>
> O crime praticado pelo réu gera intranquilidade social e produz efeitos nefastos aos usuários e à sociedade, sendo responsável por grande parte dos crimes violentos que ocorrem em nosso país. Outrossim, a culpabilidade do agente (artigo 44, inciso III, do Código Penal), bem como as consequências do crime, não recomendam a fixação de outro regime inicial que não o fechado, tampouco a substituição da reprimenda corporal por penas restritivas de direitos, pois o crime de tráfico é privado de uma série de benefícios (fiança, graça e indulto art. 5°, XLIII, da Constituição Federal) e previsto em lei especial de origem constitucional, de modo que a fixação de regime inicial mais brando, assim como a substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos, seriam insuficientes à reprovação e prevenção do crime.
>
> Remansoso o entendimento que dá como imperiosa a imposição do regime fechado para início do cumprimento da pena, adotado também por este Colendo Tribunal: [...]
>
> Dessa forma, o regime inicial fechado deve ser fixado, em estrita observância ao disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal, sendo afastada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em razão desta medida se revelar insuficiente à reprovação e prevenção do crime. [...]
>
> Por fim, nem se alegue ofensa aos entendimentos preconizados nas Súmulas 718 e 719 do Col. STF e Súmula 440 do Col. STJ, pois os fatos concretos e as circunstâncias aferidas, ambos extraídos dos autos, demonstram não ser recomendável a adoção de regime prisional mais brando, no caso dos autos.
>
> [...]

Não enxergo fundamentação idônea para a fixação do regime fechado.

Consoante orientação jurisprudencial desta Corte, para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ, 718 e 719/STF.

Com efeito, diante da primariedade do paciente, da fixação da pena-base no mínimo legal, do reconhecimento do tráfico privilegiado e do q*uantum* da pena não ultrapassar 4 anos de reclusão (2 anos e 6 meses de reclusão), não se mostra razoável e proporcional a imposição do regime fechado, sendo suficiente a imposição do **regime aberto**.

Ademais, a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, prevista no art. 44, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, foi superada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 101.291/SP (DJe 12/2/2010).

Pelas mesmas razões, primariedade do agente e favorabilidade das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser especificada pelo Juízo da execução. Veja-se: AgRg no HC n. 476.367/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 20/5/2019.

Ante o exposto, **concedo liminarmente** a ordem para, mantendo a condenação imposta na Ação Penal n. 0000618-23.2018.8.26.0548, fixar o regime inicial aberto para o início de cumprimento da pena, bem como para determinar a substituição da reprimenda por duas restritivas de direitos a serem escolhidas pelo Juízo das execuções criminais.

Comunique-se com urgência.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 10 de junho de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator