HABEAS CORPUS Nº 514.997 - SP (2019/0166814-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO LUIS GUILHERME PEREIRA DELLEDONO - SP226676
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	EDSON PAULO DA SILVA (PRESO)

DECISÃO

EDSON PAULO DA SILVA alega sofrer constrangimento ilegal diante do acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação n. 0000413-50.2018.8.26.0594.

Requer, liminarmente e no mérito,a **fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade** por restritiva de direitos, em virtude de sua condenação à pena de 1 ano e 8 meses e 166 dias-multa, como incursos no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

O pedido comporta acolhimento *in limine*.

O Tribunal de origem assim fundamentou a manutenção do regime inicial fechado, *in verbis* (fl. 58):

> A r. sentença fixou regime inicial fechado para cumprimento da pena, o que fica mantido. Para o delito de tráfico de drogas, o regime inicial deve ser o fechado. Todo indivíduo que participa de narcotráfico revela extrema periculosidade. O crime em tela intranquiliza a população e vem crescendo, causa problemas gravíssimos ao bom convívio familiar. Essa difusão há de ser coibida pelo Estado-Juiz, o qual, ao impor regime mais rigoroso, não só retirará o malfeitor perigoso do convívio social, mas também evitará que ele continue a exercer suas atividades ilícitas, viciando pessoas e destruindo famílias.

Não se pode olvidar que, uma vez reconhecida, incidentalmente, a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (STF, HC n. 111.840/ES, DJe 17/12/2013), a escolha

do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como, por exemplo, a quantidade, a natureza e/ou a diversidade de drogas apreendidas), para que, então, seja fixado o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33 e parágrafos do Código Penal – com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

No caso, conforme visto, a Corte estadual considerou devida a imposição do modo inicialmente mais gravoso com base, tão somente, **na gravidade abstrata do delito**, sem, no entanto, haver apontado nenhum elemento concreto que, efetivamente, justificasse o porquê da fixação do regime inicial fechado.

Assim, uma vez que o paciente era tecnicamente **primário** ao tempo do delito, possuidor de bons antecedentes, teve a pena-base fixada no **mínimo legal**, foi condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, foi **agraciado com a minorante** prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 – a qual visa, justamente, a beneficiar o "traficante ocasional" e a quantidade de drogas apreendidas não foi tão expressiva (**18,68 g de maconha, 3,47 g de cocaína e 3,92 g de crack**) entendo que **o regime aberto** é, efetivamente, o que se mostra o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito praticado, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.

Ademais, registro que, **embora hajam sido apreendidos cocaína e crack em poder do acusado** (substâncias entorpecentes dotadas de alto poder viciante), a quantidade das drogas não foi elevada, de modo que a natureza das substâncias não pode, por si só, ensejar a imposição de regime inicial mais gravoso de cumprimento de pena, notadamente quando verificado que **todas as demais circunstâncias são favoráveis ao acusado, que foi condenado à reduzida reprimenda de 1 ano e 8 meses de reclusão**.

De igual sorte, no que tange à pretendida substituição da pena por restritiva de direitos, vê-se que o Tribunal de origem negou a substituição da pena privativa de liberdade também sem mencionar qualquer elemento concreto dos autos que, de fato, evidenciasse que a substituição da reprimenda não se mostra medida socialmente recomendável.

Entendo, portanto, que deve **a ordem ser concedida também para determinar a substituição da reprimenda privativa de liberdade do paciente por restritivas de direitos**, **as quais deverão ser estabelecidas pelo Juízo da Execução Criminal**, à luz das peculiaridades do caso concreto.

Assim, diante da compreensão firmada pelos Tribunais Superiores – que reconhecem a impossibilidade de recrudescer o regime inicial e afastar a substituição com base na gravidade abstrata do delito –, não há razões para insistir em tese contrária, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

Ressalto que a observância aos precedentes garante ao jurisdicionado a certeza do posicionamento do Judiciário em relação a determinada matéria posta em juízo e evita, com isso, a prolação de decisões contraditórias (muitas vezes oriundas de um mesmo juízo ou tribunal). A interpretação uniforme das leis faz com que exista uma ordem jurídica mais coerente, mais estável e com maior previsibilidade quanto à interpretação adotada pelo Poder Judiciário.

Registro, aliás, que o Código de Processo Civil de 2015 privilegia a adoção de um sistema de vinculação aos precedentes, de modo que os tribunais deverão uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, nos termos do seu art. 926, *caput*. Com esses objetivos, mesmo os precedentes fixados por meio do controle difuso de constitucionalidade devem, em princípio, serem observados.

Por fim, apenas ressalto que não vejo razões que impeçam a concessão, *in limine*, da ordem de habeas corpus, notadamente porque expressamente autorizado – pelo inciso XX do art. 34 do Regimento Interno deste Superior Tribunal – que o Relator decida o habeas corpus, monocraticamente, quando se conformar com jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal.

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **concedo, *in limine*, a ordem**, a fim de: a) fixar o regime aberto de cumprimento de pena e b) determinar a substituição da reprimenda por duas medidas restritivas de direitos, a serem escolhidas pelo Juízo da Execução Criminal.

Comunique-se, com urgência, o inteiro teor dessa decisão

ao Tribunal de Justiça estadual e ao Juízo de primeiro grau, para as providências cabíveis.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 10 de junho de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**