

HABEAS CORPUS Nº 512.002 - SP (2019/0148670-2)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FELIPE PEREIRA MAGALHAES - BA033503
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALISSON GOMES PINTO (PRESO)

DECISÃO

ALISSON GOMES PINTO alega sofrer coação ilegal diante do acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação n. 0089438-91.2017.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente foi condenado a 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, mais multa, pela prática do delito de tráfico de drogas.

Busca a defesa a fixação do regime aberto para cumprimento da reprimenda e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A liminar foi deferida a fim de assegurar ao réu que aguarde no regime semiaberto o julgamento final desta impetração.

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

Decido.

I. Regime de cumprimento da pena

O Juiz sentenciante fixou o modo mais gravoso "tendo em vista a gravidade concreta dos fatos, a **grande quantidade e variedade de drogas apreendidas** e, ainda, a hediondez do delito e a necessidade da prevenção do tráfico de entorpecentes, que se expande a cada dia mais com a benevolência dos aplicadores da Lei" (fls. 25-26, destaquei).

De acordo com o Tribunal de origem, o "modo de comercialização (em conhecido ponto de tráfico de drogas) e efeito na comunidade (a facilitação da venda de drogas coopera para o ingresso de

mais pessoas no mundo das drogas; o crack é altamente viciante, sendo também acompanhado pela cocaína e pela maconha; o vício em drogas traz conduta antissocial; destrói laços familiares; fomenta a prática de outros delitos), o regime fechado é o que se adequa. Outra forma não daria a resposta à conduta ou levaria o agente à reflexão sobre tão grave proceder" (fl. 58).

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.

Embora o Juiz sentenciante haja justificado a imposição do regime inicial fechado com base nas **peculiaridades do caso concreto** – especificamente na variedade e na quantidade de drogas apreendidas –, e não obstante tais elementos constituam, de fato, circunstâncias **idôneas** a serem sopesadas no momento da escolha do modo de cumprimento de pena, certo é que o regime mais gravoso do que o cabível, em razão da pena imposta, é, na hipótese, o **semiaberto**, e não o fechado.

Vale dizer, não obstante o insurgente haja sido definitivamente condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão e fosse tecnicamente primário ao tempo do delito, a variedade e a quantidade de drogas apreendidas, autorizam, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, a fixação do regime inicial **imediatamente mais grave** do que o estabelecido, em decorrência do *quantum* da pena aplicada, que, no caso, é o **semiaberto**, e não o fechado.

Nesse sentido, menciono:

[...]

IV - No que tange à fixação do regime inicial, verifica-se que a pena do paciente restou estabelecida em 3 (três) anos de reclusão, após o reconhecimento da atenuante da menoridade. Considerando a primariedade

do paciente e a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, utilizadas para aumentar a pena-base, inviável o regime aberto unicamente em razão da quantidade de pena imposta ao paciente, **sendo aplicável o regime mais gravoso na sequência**, qual seja, o semiaberto.

[...]

(HC n. 388.624/RJ, Rel. Ministro **Felix Fischer**, 5ª T., DJe 9/6/2017, grifei).

[...]

4. Considerando a fixação da **pena-base acima do mínimo legal**, a **ausência de reincidência** e o *quantum* final de pena aplicada, mostra-se proporcional a escolha do regime inicial semiaberto para o primeiro e terceiro insurgentes, tendo em vista que a manutenção do modo fechado implicaria duplo agravamento na situação prisional dos sentenciados, conforme disposto no art. 33 do Código Penal.

[...]

(AgRg no AREsp n. 511.139/SP, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, 5ª T., DJe 19/5/2017, destaquei).

II. Substituição da pena por restritivas de direitos

O Juiz sentenciante considerou indevida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos "por não ser socialmente recomendável [a medida], tratando-se de apreensão de droga de três diferentes tipos de droga" (fl. 26).

Pelo trecho anteriormente transcrito, constato que a instância ordinária **destacou elementos concretos dos autos** – variedade de drogas apreendidas – para motivar a impossibilidade de substituição da reprimenda por restritivas de direitos, haja vista que a medida não é socialmente recomendável.

Assim, ao haver a instância ordinária indeferido o benefício com base em fundamentos idôneos, não há constrangimento a ser sanado.

III. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **concedo em parte a ordem** para fixar ao paciente o regime inicial

semiaberto de cumprimento de pena.

Comunique-se, com urgência, o inteiro teor desta decisão às instâncias ordinárias, para as providências cabíveis.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 11 de junho de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

