

HABEAS CORPUS Nº 515.219 - SP (2019/0167550-8)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CARLOS HIDEKI NAKAGOMI - SP329880
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALESSANDRO PEREIRA DA SILVA (PRESO)

DECISÃO

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

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, à pena de 5 anos de reclusão, no regime inicial fechado, com o pagamento de 500 dias-multa (e-STJ, fls. 134-142).

A defesa impetrou *habeas corpus*, perante o Tribunal de origem, que denegou a ordem, nos termos da seguinte ementa:

"Art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06. A pena-base deve ser fixada no mínimo legal, nos termos do art. 59 do CP, sem que haja alteração na pena final. Penas – a quantidade e variedade de drogas impedem a aplicação do redutor do par. 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06. O regime prisional é o fechado, nos termos do art. 33, par. 3º, do CP. O acusado não preenche os requisitos do art. 44 do CP. Recurso parcialmente provido" (e-STJ, fl. 225).

No presente *writ*, aduz a defesa, em suma, que há constrangimento ilegal na hipótese, tendo em vista que o paciente faria *jus* a causa de diminuição de pena – direito subjetivo do réu – que não foi aplicada pelas instâncias inferiores, aduzindo que "é certo [...] que a quantidade/variedade de drogas, isoladamente considerada, não poderia ensejar a não aplicação" da referida benesse.

Requer a concessão da ordem, liminarmente e no mérito, para que seja aplicada a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, "em seu grau máximo" (e-STJ, fl. 10), fixando-se o regime semiaberto ou aberto para o cumprimento de pena.

É o relatório.

Decido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Além disso, a concessão de liminar em *habeas corpus* constitui medida excepcional, uma vez que somente pode ser deferida quando demonstrada, de modo claro e indiscutível, ilegalidade no ato judicial impugnado.

O Juízo de primeiro grau fixou o regime fechado de cumprimento de pena e manteve a prisão preventiva, negando ao réu o direito de apelar em liberdade, com base

nos seguintes fundamentos:

"[...] Da análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, combinadas com o art. 42 da Lei 11.343/06, apura-se que a culpabilidade é própria do tipo. O **acusado não possui maus antecedentes. Não existem elementos para se aferir a conduta social e a personalidade. As circunstâncias são desfavoráveis, haja vista a natureza - dentre as drogas apreendidas, fora encontrada cocaína, cuidando-se de droga de elevado potencial nocivo à saúde pública.** As consequências do delito não revelam anormalidade, razão pela qual fixo a pena-base em 05 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão, e ao pagamento de 562 dias-multa, de valor unitário mínimo.

Na segunda fase, estão ausentes circunstâncias agravantes. Encontra-se presente a atenuante da confissão espontânea. Assim, em observância à Súmula 231 do STJ, fixo a pena provisoriamente em 05 anos de reclusão e ao pagamento de 500 dias-multa.

Na terceira fase, não estão presentes causas de aumento, tampouco de diminuição de pena, uma vez que, conforme exposto, as circunstâncias da prática delitiva não permitem a aplicação da benesse prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006. Assim, mantenho a pena anteriormente fixada, a qual torno definitiva. [...]

Pelos fundamentos acima consignados e pela quantidade de pena aplicada, insuscetível é a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou concessão de *sursis*.

Permanecendo as razões autorizadoras da custódia cautelar, uma vez que se cuida de infração que revela extrema potencialidade de perturbação social e desvalor de comportamento, circunstâncias que, concretamente, motivam a necessidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública, mantenho a prisão preventiva decretada.

[...] Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido constante na denúncia para CONDENAR o acusado ALESSANDRO PEREIRA DA SILVA, qualificado nos autos, em 05 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa, no valor mínimo legal e atualizado até a data da execução, pela prática do crime previsto no artigo 33, caput, da Lei n.º 11.343/06.

Nego ao condenado o direito de recorrer em liberdade, tendo em vista que respondeu ao processo preso e por permanecerem presentes os requisitos autorizadores da prisão cautelar, ressaltando-se que esta se justifica para garantir a ordem pública, bem como para assegurar a aplicação da lei penal " (e-STJ, fl. 141, grifou-se).

O Tribunal de origem manteve o regime imposto na sentença, segundo o seguinte entendimento:

"[...] O regime prisional é mesmo o fechado.

O art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal dispõe que o condenado não reincidente poderá, desde o princípio, cumprir a pena em regime inicial semiaberto, quando a pena for superior a 4 anos e não exceda a 8.

Porém, tal dispositivo deve contar também com a observância do seu § 3º, que dispõe: 'A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código', o que justifica a fixação do regime inicial fechado no presente caso.

O crime de tráfico ilícito de entorpecentes é de natureza muito grave e causa repulsa da sociedade. É equiparado a hediondo. Portanto, deve ser reprimido com severidade. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

Esta Colenda Câmara já assentou o entendimento que o crime de tráfico ilícito de entorpecentes merece maior reprovabilidade em razão de sua gravidade e pelas consequências nefastas que sua prática tem na sociedade.

O acusado não preenche os requisitos do art. 44 do Código Penal.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso tão somente para fixar a pena-base no mínimo legal de 5 anos de reclusão fechado, e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo, sem alteração na reprimenda final, mantida, no mais, a r. decisão (e-STJ, fls. 228-229, grifou-se).

A obrigatoriedade do cumprimento da pena em regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo STF, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Com efeito, a teor da Súmula 440 do 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". No mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do STF estabelecem que o regime mais gravoso exige fundamento idôneo, não constituindo motivo idôneo a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito, *in verbis*:

"Súmula 718 do 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."

"Súmula 719 do STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

No caso, segundo se observa, a imposição do regime inicial fechado tem como fundamento a natureza hedionda e a gravidade abstrata do delito, o que não é admissível segundo reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça (HC

382.300/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/2/2017, DJe 14/3/2017).

Desse modo, tendo sido fixada a pena definitiva em 5 anos de reclusão, verificada a primariedade do réu e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o paciente deve iniciar o cumprimento da pena reclusiva em **regime semiaberto**.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. REDUTORA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE EM ABSTRATO. ILEGALIDADE CONFIGURADA. ABRANDAMENTO NECESSÁRIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

II - In casu, o eg. Tribunal de origem, mantendo a r. sentença condenatória, entendeu estarem presentes provas suficientes da materialidade e da autoria delitiva do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06, o que afasta o pedido de improcedência da acusação, com base na tese de que a condenação teria sido baseada apenas nos depoimentos dos policiais.

Rever este entendimento para cassar o v. acórdão impugnado e absolver o paciente demandaria, necessariamente, amplo revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do habeas corpus.

III - Pela mesma razão, inviável a revisão da conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias, para reformar a r. sentença condenatória no que tange ao pleito da fixação da causa especial de redução de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, já que concluíram que o paciente se dedicava a atividades criminosas não somente dos depoimentos colhidos durante a instrução processual, mas também da análise das circunstâncias que cercaram a prática delitiva.

IV - O deferimento do regime semiaberto se dá desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea b, e § 3º, do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito), bem como a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. No caso, constata-se que a pena-base foi fixada no mínimo legal, pois consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais, o paciente é primário e a pena definitiva não excede oito anos. Assim, não tendo sido apresentada qualquer razão concreta para o agravamento do regime, conclui-se que faz jus o paciente ao regime semiaberto para início de cumprimento de pena.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para, confirmando a liminar deferida anteriormente, fixar o regime semiaberto para o início do resgate da reprimenda.

(HC 403.415/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2017, DJe 21/09/2017, grifou-se).

Diante do exposto, **concedo** a liminar, com o fim de permitir que o paciente aguarde o julgamento do mérito da impetração em regime prisional semiaberto, salvo se, por outro motivo, ele estiver descontando reprimenda em meio prisional mais severo.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao Juízo da 2ª Vara Criminal do Foro de Guarulhos/SP, solicitando-lhes que prestem as informações necessárias, bem como a senha de acesso para a consulta processual, se houver, a serem prestadas preferencialmente por meio de malote digital.

Posteriormente, encaminhem-se aos autos ao Ministério Público Federal para parecer.

Cumpridas as diligências acima referenciadas, tornem-me conclusos.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 12 de junho de 2019.

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator