HABEAS CORPUS Nº 516.020 - SP (2019/0173518-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		CAROLINA COSTA FIÃES BICALHO - RJ162569
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	DIOGO ALBERTO DOS SANTOS (PRESO)
PACIENTE	:	THAMIRES MARIA DE JESUS (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **DIOGO ALBERTO DOS SANTOS** e **THAMIRES MARIA DE JESUS,** em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que os pacientes Diogo e Thamires foram condenados, respectivamente, às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão mais pagamento de 583 dias-multa, e de 1 ano e 8 meses mais pagamento de 166 dias-multa, como incursos, nos arts. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 e 33, *caput*, § 4º, da referida Lei, ambos em regime fechado.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento aos apelos defensivos.

Neste *writ*, alega a impetrante, em relação a Diogo, que descontado o período de prisão preventiva o paciente fará jus ao regime semiaberto, ainda que seja reincidente.

Quanto à Thamires, aduz que o modo prisional mais gravoso foi estabelecido com amparo apenas na gravidade abstrata e na hediondez do delito, em contrariedade às Súmulas 718 e 719 do STF.

Requer, liminarmente e no mérito, a fixação dos regimes mais brandos para os pacientes, quais sejam, o semiaberto para Diogo e o aberto para Thamires.

É o relatório.

Decido.

Esta Corte possui entendimento pacificado no sentido de que 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.

Na hipótese, tão somente no que se refere ao regime inicialmente fixado à paciente **THAMIRES MARIA DE JESUS**, verifica-se o preenchimento dos requisitos necessários à concessão da liminar pleiteada, porquanto, ao menos em uma análise perfunctória, há indícios suficientes de configuração do pretenso constrangimento ilegal, de modo a justificar o processamento da presente ordem e a concessão da tutela de urgência pretendida.

Da análise dos autos, observa-se que o Tribunal de origem, ao negar provimento ao apelo da defesa, manteve o modo fechado pelos seguintes fundamentos:

> " Quanto à ré Thamires, em que pese o quantum da reprimenda aplicado, das circunstâncias do fato e suas condições pessoais, não é

> possível a substituição da pena privativa de liberdade. Além de mencionar a natureza da droga apreendida cocaína o que por si só importa em maior reprovabilidade ante a maior capacidade de viciar o usuário, tem-se que a expressiva quantidade de dinheiro apreendida R$7.000,00 revela envolvimento complexo da ré com a prática da traficância. Ainda, tem-se que um dos celulares apreendidos era produto de roubo, o que também indica envolvimento da mesma com o mundo espúrio da criminalidade.
> Por fim, ressalta-se que a mesma guardava os entorpecentes em suas vestes íntimas de modo a driblar a ação policial, revelando planejamento e premeditação na prática delituosa.
> Por todos estas circunstâncias, não há que se falar em substituição da pena ou abrandamento do regime, o qual deverá ser mantido tal qual fixado pela r. sentença"diante das circunstâncias do fato" (e-STJ, fl. 80).

Convém anotar que a obrigatoriedade do cumprimento inicial em regime 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 Supremo Tribunal Federal, 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, o Tribunal de origem não justificou o modo mais gravoso de cumprimento de pena apenas na hediondez e na gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas, mas também na natureza da droga (cocaína) e do valor em espécie apreendido (R$ 7.000,00), nos exatos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006 c.c os arts. 33 e 59 do Código Penal.

Entretanto, tendo sido fixada a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, verificada a primariedade da ré e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59

do CP, a paciente deve iniciar o cumprimento da pena reclusiva em **regime aberto**, sobretudo quando não significativa a quantidade da droga apreendida - 13 porções de cocaína (12,31g).

Nesse sentido:

> *"HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
>
> 1. O Supremo Tribunal Federal, por sua primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.
> 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.
> 3. 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.
> 4. Sendo o paciente primário, com circunstâncias judiciais favoráveis, e a quantidade e a diversidade dos entorpecentes apreendidos (128g de maconha e 26g de cocaína), justificam a fixação do regime legal, ou seja, o modo aberto. O regime inicial fechado, excessivamente mais severo do que a pena de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, revela-se desproporcional.
> 5. Do mesmo modo, o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não se justifica, mormente porque preenchidos todos os requisitos do art. 44 do Código Penal.
> 6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime inicial aberto e determinar a substituição da pena de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções Penais."
>
> (HC 378.720/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 7/2/2017, DJe 10/2/2017).

Por fim, pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade da agente, circunstâncias judiciais favoráveis), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução, valendo-se anotar que esta Corte e o Supremo Tribunal Federal entendem que não existe óbice na Lei de Drogas para a concessão do citado benefício quando preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal.

Cito, a propósito, o seguinte precedente:

> *"HABEAS CORPUS* SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. SUPERVENIÊNCIA DE JULGAMENTO DE APELAÇÃO. PEDIDO PREJUDICADO. REGIME PRISIONAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> [...]
> 4. Com base no julgamento do HC 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.
> 5. Hipótese em que a sentença, mantida pelo acórdão que julgou a apelação, referiu-se apenas à gravidade abstrata do tráfico de drogas para fixar o regime inicial fechado e negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.
> 6. O *quantum* da condenação (1 ano e 8 meses), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem à paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea c, do CP, além da substituição por restritiva de direitos.
> 7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais".
> (HC 377.765/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 6/6/2017, DJe 13/6/2017).

Quanto ao paciente Diego, sem qualquer adiantamento do mérito da demanda, não vislumbro, ao menos neste instante, a presença de pressuposto autorizativo da tutela de urgência pretendida.

Em face do exposto, **defiro** o pedido liminar para fixar o regime aberto para paciente **THAMIRES MARIA DE JESUS**, bem como para substituir a pena corporal por restritiva de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo de execução, salvo se por outro motivo estiver cumprindo pena em regime mais gravoso. Indefiro o pleito liminar de **DIEGO ALBERTO DOS SANTOS.**

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado do São Paulo e o Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Guarulhos/SP, solicitando-lhes, ainda, que prestem as informações que entenderem necessárias, sobretudo a guia de execução de DIEGO ALBERTO DOS SANTOS, preferencialmente, por malote digital, com **urgência**.

Após, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 14 de junho de 2019.

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator