

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 518.983 - SP (2019/0189428-9)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA -
SP275887
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAURÍCIO JOSÉ DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MAURÍCIO JOSÉ DA SILVA, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim relatado (fls. 39/40):

1. A r. sentença prolatada pela MMa. Juíza de Direito, Dra. REJANE RODRIGUES LAGE, condenou o réu Maurício José da Silva como incurso no artigo 33, caput, da Lei no. 11.343/06, às penas de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 166 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Irresignadas, apelam as partes.

Propugna o Ministério Público, por suas razões, a elevação da pena-base e o afastamento da minorante do § 4º do artigo 33 da Lei no. 11.343/2006.

Por sua vez, postula a Defensoria Pública, em suas razões, a fixação de regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Oferecidas as contrarrazões, sobreveio r. parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, pelo não provimento do recurso da Defesa e provimento parcial do recurso ministerial.

Consta dos autos condenação pela prática do crime tipificado no art. 33 da Lei 11.343/2006, às penas de 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 333 dias-multa.

A impetrante busca a fixação de regime aberto, diante de fundamentação inidônea para estabelecer a modalidade fechada, bem como alega ser possível a substituição por penas restritivas de direitos.

Nesse sentido, requer, liminarmente, a liberdade do paciente até o julgamento do mérito do presente *habeas corpus*, no qual busca a fixação de regime menos gravoso e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 48/49.

Informações prestadas às fls. 51/76.

Às fls. 82/86, manifestou-se o Ministério Público Federal pela

Superior Tribunal de Justiça

concessão da ordem.

É o relatório.

DECIDO.

Consoante relatado, requer o impetrante o abrandamento do regime prisional, bem como a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Sobre o assunto, assim se manifestou o juízo de 1º grau (fls. 34/35):

Ante a gravidade do delito de tráfico, tendo em vista que a traficância constitui inegável fonte de recursos para outros tipos de criminalidade, fixo o regime inicialmente fechado e nego a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade. Lembro que a fixação da pena no mínimo legal não é o único requisito a ser examinado para o estabelecimento do regime de cumprimento de pena, isso porque o artigo 59 do Código Penal deve ser examinado também neste ponto. Nesse sentido, o artigo em tela preceitua: "estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime". Deste modo, o regime inicial fechado deve ser empregado em razão da gravidade do fato, o que também justifica a vedação a substituição da pena.

Por sua vez, assim se pronunciou a Corte local (fls. 42/43):

Entretanto, o redutor não pode incidir na fração de 2/3, dada a quantidade da substância entorpecente — 33 supositórios plásticos contendo **32,5g de cocaína**; 12 invólucros plásticos contendo **11, 9g de maconha**; e sete invólucros contendo **6,7g de crack** - que, embora não seja vultosa a ponto de impedir sua aplicação, está longe de ser desprezível.

Assim, julgo adequado aplicar o redutor na fração de 1/3, do que resulta a sanção, que torno definitiva, de 3 anos e 4 meses de reclusão, e 333 dias-multa.

Resultou, assim, a pena final de 3 anos e 4 meses de reclusão, e 333 dias-multa.

Imodificável o regime inicial mais gravoso, estabelecido para o início de cumprimento da reprimenda, bem como a não substituição da pena privativa de liberdade.

Com efeito, as circunstâncias concretas do fato em tela inviabilizam a imposição de regime menos severo, a substituição da pena privativa de liberdade ou a concessão de sursis: trata-se de tráfico grande número de porções de drogas, variadas e altamente perniciosas (cocaína e crack), praticado atrevidamente em plena via pública, à luz do dia.

Como se observa, a Corte local fixou o regime fechado e negou a substituição prevista no art. 44 do Código Penal em razão da natureza e quantidade de drogas apreendidas, que totalizam 32,5g de cocaína, 11,9g de maconha e 6,7g de crack.

A Terceira Seção deste STJ entende ser possível, desde que com base em motivação concreta, estabelecer regime prisional mais gravoso do que

Superior Tribunal de Justiça

aquele que corresponderia, como regra geral, à pena aplicada. Tal fundamentação, porém, deve ser aferida caso a caso (HC n. 362.535/MG, Terceira Seção, Rel. Min. Felix Fischer, Rel. para o acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 8/3/2017).

No caso em apreço, verificou-se que a quantidade de drogas apreendidas não é relevante - 32,5g de cocaína, 11,9g de maconha e 6,7g de crack. Ademais, as instâncias ordinárias utilizaram argumentos baseados na gravidade abstrata do crime, na reiteração do tipo penal e nos genéricos efeitos sociais da criminalidade para a fixação de regime prisional mais severo, o que é defeso em vista da jurisprudência das Cortes Superiores

Assim, adequado o regime inicial aberto, haja vista tratar-se de paciente primário cuja pena aplicada foi inferior a 4 anos, nos moldes do art. 33, § 2º, c, do CP, também fazendo jus o paciente à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez ter preenchido todos os requisitos legais do art. 44 do CP. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR À 08 (OITO) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

III - No presente julgado, constata-se que a pena-base foi fixada no mínimo legal, pois consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais e além disso, os pacientes são primários, bem como a pena não excede o patamar de oito anos. **Destarte, o acórdão impugnado não apresentou nenhum fundamento concreto para o agravamento do regime, a não ser a hediondez e a gravidade abstrata do delito, razão pela qual, conclui-se que os pacientes fazem jus ao regime semiaberto, para início de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do CP.** Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 459.051/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 21/09/2018).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA. POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. VIABILIDADE. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME PRISIONAL FECHADO E SUBSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

Superior Tribunal de Justiça

[...]

- Em relação ao regime e à substituição, tratando-se de réu primário, condenado à pena privativa de liberdade inferior a 4 anos de reclusão, com a análise favorável das circunstâncias judiciais, além da quantidade não expressiva de drogas, o paciente faz jus ao regime aberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, assim como resulta cabível a conversão da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos (HC 410.095/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 11/10/2017).

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para fixar o regime inicial aberto e substituir a pena corporal por restritivas de direitos, a ser definida pelo Juízo das Execuções.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 02 de outubro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator