

# Superior Tribunal de Justiça

**HABEAS CORPUS Nº 535.372 - SP (2019/0286579-7)**

**RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ**  
**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**WESLEY SANCHES PINHO - SP331671**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : LUCAS RODRIGUES DA SILVA OLIVEIRA (PRESO)**  
**INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

## DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LUCAS RODRIGUES DA SILVA OLIVEIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos Embargos Infringentes na Apelação Criminal n.º 0003603-85.2017.8.26.0196/50000.

Em primeiro grau, a conduta pela qual o Paciente foi acusado pelo Ministério Público estadual (delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas) foi desclassificada para o crime do **art. 28**, também da Lei n.º 11.343/2006.

O recurso de apelação interposto pelo Ministério Público estadual foi parcialmente provido, por maioria, para condenar o Paciente como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa. No julgamento dos embargos infringentes, o Tribunal *a quo* manteve a decisão majoritária.

No presente *writ*, requer-se, em suma, a imediata soltura do Paciente, ou subsidiariamente, a fixação de regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

É o relatório inicial. Decido o pedido de provimento urgente.

A pretensão liminar subsidiária deve ser deferida, por estarem configurados a plausibilidade jurídica do pedido e o perigo da demora, notadamente porque não houve apreensão exacerbada de droga na hipótese – **2,6 gramas de cocaína**.

Inicialmente, o estabelecimento de regime carcerário mais gravoso, no caso, é, em absoluto, inidôneo. No ponto, a Corte *a quo* referendou voto em que se consignou o que se segue (fls. 213-214; sem grifos no original):

# *Superior Tribunal de Justiça*

*"Não há notícia nem de antecedentes, quanto mais de vinculação com organização criminosa, de molde não só a fixar a pena no mínimo como conceder-lhe redutor na fração máxima (2/3), como também a eleger o regime intermediário para início do cumprimento de pena, para o que considere a teleologia da falta ora verificada e o mal que expande contra a sociedade, a justificar o rigor, em consonância com os arts. 33, § 3º, 59 e 68, todos do Cód. Penal.*

*Descabe cogitar a outorga de penas alternativas.*

*A reiterada adoção dessas medidas certamente acabará constituindo estímulo para a recidiva, na medida em que reduzirá a patamares quase insignificantes as consequências decorrentes da prática criminosa, cabendo destacar que a danosidade do crime de tráfico com todos os seus conhecidos e perniciosos consectários demanda repressão com rigor. Nesse mesmo sentido o precedente do E. STJ: HC 195.400/MS, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 23/10/2012.*

*O envolvimento com o mercado proscrito, as quantidades apreendidas, o clima de instabilidade social trazido pela traficância não coadunam com os requisitos legais delineados no inc. III do art. 44 do CP as circunstâncias não indicam que a substituição seria suficiente.*

*Pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, mais o pagamento de 166 dias-multa, no patamar mínimo, a começar no regime semiaberto."*

Com efeito, o Tribunal de origem deixou de aplicar entendimento fixado, em 27/06/2012, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, quando a Corte declarou incidentalmente, por maioria, a inconstitucionalidade do § 1.º, do art. 2.º, da Lei n.º 8.072/1990 (redação dada pela Lei n.º 11.464/2007) e afastou a obrigatoriedade apriorística de se fixar o regime inicial fechado para os condenados por tráfico.

Reproduzo a ementa do julgado:

**"Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.**

*1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.*

*2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a*

# Superior Tribunal de Justiça

*individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.*

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que '[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado'. **Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado.** (sem grifos no original.)

Na ocasião, estabeleceu o Supremo Tribunal Federal que o § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/1990 vai de encontro ao princípio constitucional da individualização da pena, previsto no art. 5.º, inciso XLVI, da Constituição da República, porquanto cabe ao Magistrado particularizar a reprimenda do condenado, conforme as circunstâncias do caso concreto. No ponto, transcrevo os seguintes fundamentos do voto do Min. Relator DIAS TOFFOLI, *in verbis*:

*"No inciso XLIII do rol das garantias constitucionais – artigo 5º - afastam-se, tão somente, a fiança, a graça e a anistia, assegurando-se, em inciso posterior (XLVI), de forma abrangente, sem excepcionar essa ou aquela prática delituosa, a individualização da pena. No tocante ao tema, assinalo que, a partir do julgamento do HC nº 82.959/SP (Tribunal Pleno, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 1º/9/06), esta Corte Suprema passou a admitir a possibilidade de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, dada a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Tal possibilidade veio a ser acolhida posteriormente pela Lei nº 11.464/07, que modificou a Lei nº 8.072/90, positivando-se, desse modo, a possibilidade da mencionada progressão. Contudo, como já dito, essa lei*

# Superior Tribunal de Justiça

*estipulou que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados fosse, obrigatoriamente, cumprida inicialmente no regime fechado. Tal como já indagado no julgamento do HC nº 82.959/SP, tinha e tem o legislador ordinário poder para isso estabelecer? A minha resposta é negativa. Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, o qual foi modificado pela Lei nº 11.464/07."*

Assim, independentemente do caráter hediondo do crime, considerada a pena definitiva imposta, incidem, no caso, as regras previstas no art. 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º, do Código Penal, as quais dispõem, respectivamente, que *"o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto"* e que *"a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código"*.

Destaco, ainda, a jurisprudência consolidada nos enunciados das Súmulas n.ºs 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e 440 do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente:

*"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."*

*"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."*

*"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 caso, diante da ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a pena-base foi fixada no piso legal. Outrossim, na terceira fase da dosimetria, a sanção foi diminuída em 2/3 (dois terços), tendo em vista tratar-se de Agente primário e de bons antecedentes, sem provas de que se dedica à atividade delitiva ou integre organizações criminosas.

Dessa forma, o regime prisional que deveria ter sido fixado inicialmente é o aberto, pois *"fixada a pena em seu mínimo legal, inferior a 4 (quatro) anos, não sendo caso de reincidência, e não havendo circunstância judicial desfavorável, tal como reconheceu o acórdão impugnado, não há falar em adoção do regime inicial*

# Superior Tribunal de Justiça

*semiaberto, se o próprio paradigma legal permite a adoção do regime inicial aberto (art. 33, § 2º, c e § 3º c/c art. 59, CP)" (STF, HC 83.613/SP, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, DJ de 30/04/2004).*

Relativamente ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, cumpre consignar que a Suprema Corte, nos autos do HC n.º 97.256/RS, julgou inconstitucional a vedação contida no § 4.º do art. 33 e, também, no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006. Essa circunstância culminou na edição da Resolução n.º 05/2012 do Senado Federal, por meio da qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

Assim, considerado, ainda, o entendimento desta Corte de que, no caso de réu "primário, com pena-base fixada no mínimo, a apreensão de quantidade não considerável de entorpecentes não constitui elemento apto a justificar a imposição do regime prisional mais severo ou o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos" (AgRg no HC 429.786/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 06/06/2018), não se justifica impedir a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

Por todos esses fundamentos, concluo que o entendimento do Tribunal estadual – além de ser manifestamente inconstitucional e ilegal –, por ser expressamente contrário ao posicionamento do STF e do STJ, **ofende diretamente a principal função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça, qual seja, a de unificar a aplicação do Direito Federal.**

Ante o exposto, DEFIRO o pedido liminar subsidiário para modificar o regime inicial de cumprimento da reprimenda imposta ao Paciente para o aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal estadual e ao Juízo singular.

Dispensar as informações, por se tratar de matéria unicamente de direito.

Dessa forma, ouça-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Brasília, 03 de outubro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ  
Relatora

