

# Superior Tribunal de Justiça

**HABEAS CORPUS Nº 536.831 - SP (2019/0294956-4)**

**RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ**  
**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**LÍVIA CORREIA TINOCO - SP277493**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : PAULO HENRIQUE DE SOUZA VIEIRA DOS SANTOS**  
**(PRESO)**  
**INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

## DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de PAULO HENRIQUE DE SOUZA VIEIRA DOS SANTOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação n.º 1500689-35.2018.8.26.0617.

Extraí-se dos autos que o Paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, pois foi surpreendido com "*12 porções de 'cocaína', com peso líquido de 9,1 gramas, 21 porções de 'crack', com peso líquido total de 1,89 gramas, e 15 porções de 'maconha', com peso líquido total de 18,23 gramas, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, além da quantia de R\$ 885,50 em espécie*" (fl. 30).

Irresignado, o Réu interpôs apelação, tendo o Tribunal de origem dado parcial provimento ao recurso apenas para "*reconhecer a figura privilegiada do delito (art. 33, caput, em combinação com o § 4º do mesmo dispositivo, da Lei de Drogas) e, conseqüentemente, diminuir a reprimenda final aplicada para 02 anos e 06 meses de reclusão, mais 250 diárias de multa*" (fl. 28), mantidos os demais termos da sentença.

Neste *writ*, a parte Impetrante alega, em síntese, que o regime inicial fechado foi fixado apenas com base na gravidade abstrata do crime de tráfico de drogas, em afronta, assim, ao entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/1990 e aos enunciados das Súmulas n.ºs 440/STJ, 718/STF e 719/STF.

# Superior Tribunal de Justiça

Salienta que as circunstâncias judiciais foram consideradas todas favoráveis e que a sentença reconheceu a primariedade do Réu.

Requer, liminarmente e no mérito, **a concessão do regime inicial aberto ao Paciente.**

É o relatório. Passo a decidir o pedido urgente.

A pretensão liminar deve ser deferida, por estarem configurados a plausibilidade jurídica do pedido e o perigo da demora.

No caso, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao dar parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela Defesa, manteve o regime inicial fechado, sob os seguintes fundamentos (fls. 32-33; sem grifos no original):

*"Chega-se, portanto, à pena final de 02 anos e 06 meses de reclusão, mais 250 diárias de multa.*

*Isto posto, embora exista entendimento quanto à possibilidade de fixação de regime diverso do fechado ou até da aplicação de penas alternativas para o tráfico ilícito de entorpecentes privilegiado, tem-se que a gravidade concreta do delito e o dano social que este provoca fazem com que tais medidas, ao menos no caso em tela, não se mostrem adequadas para a repressão da conduta do recorrente, apreendido com considerável quantidade de drogas variadas, duas delas com extrema nocividade ('cocaína' e crack).*

*Destaque-se que o subscritor não ignora os termos das Súmulas 440 do STJ, bem como 718 e 719 do STF, as quais também orientam a fixação do regime; mas entende como adequado que o início do cumprimento de pena ocorra no regime fechado, também porque a fixação de regime diverso ou a substituição por penas alternativas incentivariam o comércio ilegal de drogas, causando à sociedade a sensação de impunidade e banalização do crime.*

*Mantêm-se assim o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime mais gravoso."*

Na hipótese, verifico que a pena-base foi fixada no mínimo legal – o que foi mantido pela Corte estadual –, o Paciente é primário e a pena definitiva foi estabelecida em *quantum* inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, ou seja, em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, após a aplicação do redutor disposto no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas na fração de 1/2 (metade) pela Corte Estadual (fl. 32).

Dessa forma, se não há o reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, é ilegítimo agravar o regime de cumprimento da pena sem motivação idônea, como o fez o Tribunal de origem, que fundamentou a fixação do regime fechado

# Superior Tribunal de Justiça

com base na gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas. Ressalto que, a despeito da variedade dos entorpecentes apreendidos, a quantidade não expressiva – total de 29,22g (vinte e nove gramas e vinte e dois decigramas) de entorpecentes –, não legitima, por si só, a fixação de regime mais gravoso.

A jurisprudência do Pretório Excelso tem ratificado esse entendimento, ao consignar que *"se o condenado é primário e os critérios do art. 59 do CP impõem a aplicação da pena mínima, não cabe determinar regime inicial de execução mais rigoroso que o admissível em tese"* (HC 72.315/MG, Primeira Turma, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 26/05/1995).

Destaco, ainda, o teor das Súmulas n.ºs 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, 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."*

No mais, é aplicável, na hipótese, o entendimento sedimentado na Súmula n.º 440 deste Tribunal, *in verbis*:

*"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."*

Assim, 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."*

Com igual conclusão, cito o seguinte precedente:

**"HABEAS CORPUS. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. SÚMULA N.º 719 DO STF.**

***1. 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 semiaberto, se o próprio***

# Superior Tribunal de Justiça

**paradigma legal permite a adoção do regime inicial aberto** (art. 33, § 2º, c e § 3º c/c art. 59, CP).

2. Incidência da Súmula nº 719 do STF: 'A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.'

3. Ordem concedida.

4. Extensão da ordem, de ofício, ao corréu." (STF, HC 83.613/SP, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, DJ de 30/04/2004 – sem grifos no original.)

Ante o exposto, DEFIRO o pedido liminar formulado pela Defesa para fixar o regime inicial ABERTO e determinar ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, *incontinenti*, fixe as condições para o cumprimento da pena no regime determinado.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal estadual e ao Juiz sentenciante.

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

Dessa forma, ouça-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 02 de outubro de 2019.

Ministra LAURITA VAZ  
Relatora