

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 536.804 - SP (2019/0294821-4)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : THIAGO LUIS RODRIGUES TEZANI
ADVOGADOS : THIAGO LUIS RODRIGUES TEZANI - SP214007
RAFAELA ZAPATER BONI - SP382874
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEONARDO NASCIMENTO GERALDO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LEONARDO NASCIMENTO GERALDO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido nos autos da Apelação n.º 1500584-30.2018.8.26.0594.

Consta dos autos que o Paciente foi preso em flagrante delito, em 22/12/2018, por ter sido surpreendido, juntamente com outros indivíduos, na posse de "4 frascos de 400 ml de produto antirrespingo de solda e mais 6 frascos, bem como, ainda, um tijolo de maconha, totalizando 593,76 gramas, mais 44,46 gramas, além de 53 pinos de cocaína e a balança de precisão" e a quantia de R\$ 100,00 (cem reais) em dinheiro (fl. 65)

Finda a instrução criminal, o Réu foi condenado, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial **semiaberto**, além de 500 (quinhentos) dias-multa

O Ministério Público estadual e a Defesa interpuseram apelação.

O Tribunal *a quo* negou provimento ao apelo da Defesa e deu provimento ao recurso da Acusação para fixar o regime **fechado** como inicial para cumprimento da pena.

Nas razões do presente *writ*, a Defesa alega que o acórdão impugnado "*justificou o agravamento do regime prisional com base no §1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, dispositivo já declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal*" (fl. 6), constrangimento ilegal que deve ser reparado.

Busca, em liminar e no mérito, a imediata soltura do Paciente, a alteração do regime prisional.

É o relatório. Decido o pedido urgente.

Superior Tribunal de Justiça

Reconheço a configuração dos requisitos autorizadores do pedido liminar.

Na hipótese vertente, o Tribunal de origem fixou o regime inicial fechado sob os seguintes fundamentos (fl. 330; sem grifos no original):

"Por fim, o regime prisional, conforme reclamado pelo Ministério Público, não pode ser outro que não o fechado, seja por aplicação do § 1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, com alteração dada pela Lei nº 11.464/07, seja por incompatibilidade da benesse ao condenado por crime hediondo, ainda que por equiparação, pela periculosidade social presumida, tudo a exigir a imposição de regime mais rigoroso para o início de cumprimento da reprimenda. Ademais, a especial natureza lesiva da cocaína, bem como a quantidade relevante de tóxicos apreendidos, suficiente para alcançar grande difusão do entorpecente, atingindo gravemente o bem jurídico tutelado, recomenda o regime mais gravoso para prevenção e reprovação da conduta.

Neste passo, importante mencionar que 'o juiz pode fixar regime inicial mais gravoso do que aquele relacionado unicamente com o 'quantum' da pena ao considerar a natureza ou a quantidade da droga' (STJ AgRg no HC 513.455/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, j. 25.06.2019; HC 492.114/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, 6ª Turma, j. 18.06.2019)."

Como se sabe, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena nestes crimes, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal e as Súmulas 718 e 719/STF, as quais assim estabelecem, respectivamente, *in verbis*:

"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."

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. RACIONALIZAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO HEROICO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. INDEFERIDA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FUNDAMENTO NA HEDIONDEZ DO DELITO E NA

Superior Tribunal de Justiça

GRAVIDADE ABSTRATA DA CONDUTA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PRIMARIEDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO.

[...]

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES em 27/6/2012, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe conferiu a Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados.

3. Em 1º/9/2010, quando do julgamento do HC n. 97.256/RS, a Corte Suprema declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade das expressões 'vedada a conversão em penas restritivas de direito' e 'vedada a conversão de suas penas em restritivas de direito', constantes, respectivamente, do §4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.

4. Caso em que o regime fechado foi aplicado à pena reclusiva imposta à paciente, mais severo do que a reprimenda comporta, sem fundamentação idônea, apenas com fulcro na hediondez do delito e na gravidade abstrata da conduta. Afronta ao art. 93, IX, da Constituição da República, e ao Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte Superior de Justiça, segundo o qual: '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'. Nos mesmos termos, estão os Enunciados n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, também afrontados pelas instâncias ordinárias.

5. Considerando o quantum da condenação (1 ano, 11 meses e 10 dias), a primariedade da paciente, o fato de não lhe terem sido apontadas circunstâncias judiciais desfavoráveis e o preenchimento dos pressupostos previstos no art. 44 do Código Penal, configura constrangimento ilegal a aplicação do regime inicial fechado e a negativa de substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para alterar o regime de cumprimento de pena para o aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais." (HC 360.539/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016, sem grifos no original.)

Na hipótese, considerando o *quantum* de pena estabelecido, a primariedade do Acusado e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis,

Superior Tribunal de Justiça

mostra-se cabível, nos termos do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal, a fixação do regime inicial **semiaberto**.

Ante o exposto, DEFIRO o pedido liminar para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda até o julgamento definitivo deste *writ*.

Oficie-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao Juízo de primeiro grau.

Solicitem-se informações pormenorizadas ao Juízo de primeiro grau sobre a situação prisional do Paciente, que deverão vir acompanhadas de eventual chave de acesso aos autos eletrônicos.

Após, ouça-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 02 de outubro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora