

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 533.387 - SP (2019/0275936-7)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : SERGIO AFONSO MENDES
ADVOGADO : SÉRGIO AFONSO MENDES - SP137370
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BARBARA CAROLINE DA SILVEIRA SABINO (PRESO)
PACIENTE : DANILO BATISTA DOS SANTOS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

BARBARA CAROLINE DA SILVEIRA SABINO e DANILO BATISTA DOS SANTOS alegam ser vítimas de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (Apelação Criminal n. 0000395-08.2017.8.26.0580).

Consta dos autos que os pacientes foram condenados à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porque traziam consigo, para posterior entrega a consumo de terceiros, 39 porções de cocaína, pesando, ao todo, **65,95 g.**

A defesa busca, por meio deste *writ*, liminarmente e no mérito, seja fixado o regime inicial aberto e determinada a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi por mim **deferida**, nos termos da decisão de fls. 31-33, "para assegurar aos pacientes que aguardem no regime aberto o julgamento final deste habeas corpus, se por outro motivo não estiverem cumprindo a reprimenda em regime mais gravoso (Processo n. 0000395-08.2017.8.26.0580)".

Diante da suficiente instrução dos autos, foi dispensada a solicitação de informações à autoridade apontada como coatora.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

Decido.

O Tribunal de origem, ao dar provimento à apelação

interposta pelo Ministério Público, assim fundamentou a imposição do regime inicial **fechado**, *in verbis* (fl. 26):

Ainda, diante da natureza do crime, equiparado a hediondo, os réus deverão iniciar o cumprimento da sanção privativa de liberdade no regime fechado (não no aberto, como fixado na sentença), valendo reforçar que, no dia fatídico, **ambos vendiam cocaína, substância altamente danosa à saúde pública**, o que inviabiliza a fixação de regime prisional mais brando, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal.

Certo é que, uma vez reconhecida, incidentalmente, a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (STF, HC n. 111.840/ES, DJe 17/12/2013), a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como, por exemplo, a quantidade, a natureza e/ou a diversidade de drogas apreendidas), para que, então, seja fixado o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33 e parágrafos do Código Penal – com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

No caso, embora a Corte estadual haja sido mencionado fundamento concreto e específico dos autos – natureza da droga apreendida – e não obstante tal elemento constitua, de fato, circunstância **idônea** a ser sopesada no momento da escolha do regime de cumprimento de pena, entendo que a fixação de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da pena imposta se mostra, **especificamente no caso ora analisado, excessivamente gravoso**, haja vista que a quantidade de substâncias apreendidas não foi **excessivamente elevada (65,95 g)**.

É importante a observação de que, embora a espécie da droga traficada pelos pacientes (cocaína) seja, de fato, dotada de alto poder viciante, **há de se ter cautela** em não recrudescer o regime inicial de cumprimento de pena sempre que o indivíduo não for apreendido com maconha ou com lança-perfume, por exemplo – substâncias entorpecentes comumente vistas como de menor danosidade física e psíquica aos seus usuários.

Caso contrário, estaríamos admitindo, **a pretexto da correta**

aplicação do art. 33 do Código Penal, que o simples fato de alguém ser pego traficando 1 g de cocaína, por exemplo, já justificaria, pura e simplesmente, o cumprimento da pena, no mínimo, no regime inicial semiaberto – sob o argumento do elevado grau de nocividade da substância –, o que, com o devido respeito, não me parece se coadunar com a aplicação justa da lei penal e com a correta individualização da reprimenda.

Portanto, entendo que tal elemento – natureza da droga – se mostra, **especificamente no caso *sub examine*, insuficiente** para, por si só, justificar o recrudescimento do regime inicial de cumprimento de pena, notadamente porque os pacientes eram tecnicamente **primários** ao tempo do delito, possuidores de **bons antecedentes**, tiveram a pena-base fixada no **mínimo legal**, foram definitivamente condenados a reprimenda **inferior a 4 anos** de reclusão e foram agraciados com a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (a qual visa, justamente, a beneficiar o chamado "traficante ocasional").

Diante de tais considerações, **sem descuidar de que a dosimetria da pena configura matéria restrita ao âmbito de certa discricionariedade do magistrado**, mas em atenção às especificidades do caso ora analisado, considero ser o regime inicial **aberto** o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal, com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Pelas mesmas razões anteriormente expostas, não vejo como concluir que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra, no caso, medida socialmente recomendável, motivo pelo qual deve a ordem ser concedida também nesse ponto, para determinar a substituição da reprimenda privativa de liberdade por **duas** restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, as quais deverão ser estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais, à luz das peculiaridades do caso concreto.

Apenas *ad cautelam*, esclareço que a concessão da ordem – nos moldes em que delineados anteriormente – em nenhum momento traduz inobservância ao princípio do livre convencimento motivado; trata-se, na verdade, de controle de legalidade e de constitucionalidade dos critérios empregados pelas instâncias ordinárias na dosimetria da pena, bem como de correção – perfeitamente possível em habeas corpus – de uma **evidente discrepância** na forma de cumprimento da reprimenda imposta aos acusados.

Superior Tribunal de Justiça

A propósito, destaco que, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, "A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, **bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores**" (RHC n. 115.654/BA, Rel. Ministra Rosa Weber, 1ª T., DJe 21/11/2013). Tal situação, conforme anteriormente salientado, ficou devidamente caracterizada na espécie dos autos.

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **concedo a ordem**, para fixar aos pacientes o regime **aberto** de cumprimento de pena e determinar a **substituição** da reprimenda privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem escolhidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Comunique-se, com urgência, o inteiro teor desta decisão às instâncias ordinárias para as providências cabíveis.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 07 de outubro de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**