

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 532.852 - SP (2019/0272805-2)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
VIRGINIA SANCHES RODRIGUES CALDAS CATELAN
- SP304946
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RICARDO OTAVIO DOS SANTOS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

RICARDO OTAVIO DOS SANTOS alega ser vítima de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, que negou provimento à Apelação Criminal n. 1500621-88.2018.8.26.0228.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à reprimenda de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, como incurso no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

A defesa busca, por meio deste *writ*, seja fixado o regime aberto e determinada a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A liminar foi por mim **deferida**, nos termos da decisão de fls. 44-46, "para sobrestar, até o julgamento final deste *mandamus*, o cumprimento da pena imposta ao paciente nos autos do Processo n. 1500621-88.2018.8.26.0228".

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

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem, "somente para fixar o regime prisional inicial semiaberto".

Decido.

A Corte estadual considerou devida a imposição do regime inicial **fechado**, com base nos seguintes argumentos (fl. 40):

E no que tange ao regime prisional, embora exista

entendimento quanto à possibilidade de fixação do regime menos gravoso ou mesmo a 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 repreensão da conduta do recorrente, **notadamente pela grande quantidade e natureza de parte do entorpecente apreendido (“cocaína” e “crack”), circunstância que agrava concretamente a conduta.**

Embora a Corte de origem haja justificado a imposição do regime inicial fechado com base não só na gravidade abstrata do delito, mas também nas peculiaridades do caso concreto – especificamente **na quantidade e na natureza de parte das drogas apreendidas (cocaína e crack)** –, e não obstante tais elementos constituam, de fato, circunstâncias **idôneas** a ser sopesadas no momento da escolha do regime de cumprimento de pena, entendo que a fixação do regime fechado se mostra, **especificamente no caso ora analisado, excessivamente gravoso**, haja vista que o paciente era tecnicamente primário ao tempo do delito, possuidor de bons antecedentes, foi condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão e foi agraciado com a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 – a qual visa, justamente, a beneficiar o “traficante ocasional”.

No entanto, a **considerável quantidade de drogas apreendidas** em poder do réu – 753,7 g de maconha, 98,6 g de cocaína e 170 porções de crack – autoriza, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, a fixação do regime inicial **imediatamente mais grave** do que o estabelecido em razão do *quantum* da pena aplicada, que, no caso, é o **semiaberto**.

Vale dizer, não obstante o paciente haja sido definitivamente condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão e embora fosse tecnicamente primário ao tempo do delito, a quantidade de drogas apreendidas justifica a imposição do regime inicial **imediatamente mais gravoso** do que o estabelecido em razão do *quantum* da reprimenda imposta.

Essa também foi a compreensão do Ministério Público Federal, que, em seu parecer, assim se manifestou, no que interessa (fls. 56-57):

Quanto ao regime prisional, as instâncias ordinárias

Superior Tribunal de Justiça

fixaram o regime inicial fechado, assim como negaram a substituição da pena corporal por restritivas de direitos “diante da gravidade da conduta”, e “notadamente pela grande quantidade e natureza de parte do entorpecente apreendido (cocaína e crack)” (e-STJ fls. 25 e 40).

Todavia, embora seja válida a fundamentação utilizada na fixação do regime, considerando a primariedade do réu; considerando que a pena fixada é inferior a quatro anos de reclusão, e que a quantidade de droga apreendida, embora expressiva, não se mostra de monta especialmente elevada, mostra-se suficiente e proporcional à dosimetria formulada a fixação do regime inicial semiaberto para cumprimento da pena.

Quanto à pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, verifico que o Tribunal estadual justificou a impossibilidade de concessão do benefício também com base nas **peculiaridades do caso concreto**, “notadamente pela grande quantidade e natureza de parte do entorpecente apreendido (“cocaína” e “crack”), circunstância que agrava concretamente a conduta” (fl. 40), circunstâncias que evidenciam que a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra, no caso, medida socialmente recomendável, *ex vi* do disposto no art. 44, III, do Código Penal.

Assim, porque **concretamente fundamentada** a impossibilidade de substituição da reprimenda e tendo em vista que a dosimetria da pena configura matéria restrita ao âmbito de certa discricionariedade do magistrado, não identifico o apontado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima o paciente nesse ponto.

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **concedo parcialmente a ordem**, para fixar ao paciente o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena, nos autos da condenação objeto do Processo n. 1500621-88.2018.8.26.0228.

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**