

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 544.393 - SP (2019/0334940-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : JOAO PEDRO BADARO TUNES E OUTROS
ADVOGADOS : ANA CLARA CASSAROTTO TERCI - SP404982
JOÃO PEDRO BADARÓ TUNES - SP405051
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PABLO PEREIRA DE OLIVEIRA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **PABLO PEREIRA DE OLIVEIRA**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Criminal n.º 1500689-77.2018.8.26.0603.

Consta nos autos que o paciente foi denunciado pela suposta prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, porque foi flagrado na posse de 12,74g de cocaína e 16,78g de maconha.

Sobreveio sentença que julgou parcialmente procedente a ação penal para desclassificar a conduta imputada na inicial acusatória para descrita no art. 28 da Lei n.º 11.343/2006, impondo ao réu a pena de prestação de serviços à comunidade pelo prazo de 5 meses, conforme previsão do art. 28, inciso II, §§ 3.º, 5.º e 6.º, da Lei n.º 11.343/2006, e a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento ao apelo ministerial para condenar o paciente como incurso no art. 33, *caput*, c/c o § 4º, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 250 dias-multa.

Na presente impetração, alega a defesa que o paciente faz jus à fixação do regime inicial aberto e à substituição da pena por restritivas de direitos, considerando sua primariedade e as circunstâncias do art. 59 do Código Penal.

Cita o teor das Súmulas n.º 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

Refere a declaração de inconstitucionalidade da proibição constante na lei de drogas de substituição da pena por restritiva de direitos.

Requer a concessão da medida liminar para assegurar ao réu o direito de aguardar, em regime aberto, o julgamento do presente *habeas corpus*.

No mérito, requer a confirmação do pedido urgente e a substituição da pena por restritivas de direitos.

É o relatório.

Decido.

Esta Corte possui entendimento pacificado no sentido de que a concessão de liminar em *habeas corpus* constitui medida excepcional, uma vez que somente pode ser deferida quando demonstrada, de modo claro e indiscutível, ilegalidade no ato judicial impugnado.

No caso, tem-se como manifesto o constrangimento ilegal imposto ao

Superior Tribunal de Justiça

paciente, a autorizar a concessão da ordem, de ofício.

A Corte de origem, no ponto, consignou:

"Imperioso ora se fixe o mais gravoso dos regimes prisionais ante a gravidade concreta do delito perpetrado, notória a nocividade das drogas apreendidas em especial a cocaína em pó , restando patentes sua capacidade de disseminação e a arregimentação de clientes aos borbotões.

Precedente do C. Superior Tribunal de Justiça: HC 257327/ES, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 06/06/2013, DJe 21/06/2013.

Não se desconhece a alta capacidade de drogas como a cocaína em pó de provocar dependência, conduzindo os que optam por enveredar por essa seara a caminhos muitas vezes sem volta, em total descompasso com os valores apregoados pela Sociedade, suficiente, tal argumento, a inviabilizar a aplicação do que dispõe o artigo 44 do Código Penal.

O tráfico de drogas é verdadeiro fomentador de crimes das mais variadas estirpes, no mais praticados sob o manto da violência, **não se coadunando** com a natureza das penas alternativas ou mesmo **com regimes prisionais menos severos que o fechado,** insuficientes para a hipótese e socialmente não recomendáveis.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso do Ministério Público para o fim de condenar PABLO PEREIRA DE OLIVEIRA por infração ao artigo 33, "caput", c/c o seu § 4º, da Lei 11.343/06, às penas de 02 anos e 06 meses de reclusão e de 250 dias-multa, no menor valor unitário, fixado o regime prisional fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade." (e-STJ, fl. 30; sem grifos no original).

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

In casu, o Tribunal de origem estabeleceu o modo mais gravoso de cumprimento de pena tendo como fundamento a gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas e a natureza de uma das drogas apreendidas (cocaína).

Entretanto, tendo sido fixada a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão, verificada a primariedade do réu e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o paciente deve iniciar o cumprimento da pena reclusiva em **regime aberto**, sobretudo quando não significativa a quantidade da droga apreendida - 12,74g de cocaína e 16,78g de maconha.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO.

Superior Tribunal de Justiça

INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

3. Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

4. Sendo o paciente primário, com circunstâncias judiciais favoráveis, e a quantidade e a diversidade dos entorpecentes apreendidos (128g de maconha e 26g de cocaína), justificam a fixação do regime legal, ou seja, o modo aberto. O regime inicial fechado, excessivamente mais severo do que a pena de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, revela-se desproporcional.

5. Do mesmo modo, o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não se justifica, mormente porque preenchidos todos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime inicial aberto e determinar a substituição da pena de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções Penais."

(HC 378.720/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 7/2/2017, DJe 10/2/2017).

Por fim, pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente, circunstâncias judiciais favoráveis e quantidade não significativa de droga apreendida), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser definida pelo Juízo de primeiro grau (AgRg no REsp 1.622.395/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 05/12/2016).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem, **de ofício**, para fixar o regime aberto como o inicial para o cumprimento da pena reclusiva, assim como para substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser estabelecida pelo Juízo da execução.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator

