

HABEAS CORPUS Nº 540.652 - SP (2019/0313959-7)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADRIANO LINO MENDONCA - MG120023
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE GUILHERME DE GODOY BENEVIDES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de FELIPE GUILHERME DE GODOY BENEVIDES, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo que, por maioria, negou provimento à apelação ministerial e deu parcial provimento ao apelo do réu em acórdão assim relatado (fls. 41-42):

[...] Felipe Guilherme de Godoy Benevides e o Ministério Público do Estado de São Paulo interpuseram recursos de Apelação da sentença datada de 13.12.2018, proferida pelo MMº Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Araraquara, que condenou o réu à pena de 02 anos e 11 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 291 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, como incurso no artigo 33, "caput" e § 4º, c.c. o artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/06 (fls. 143/147).

Em suas razões, o Ministério Público pleiteou o afastamento da redução da pena aplicada com base § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, por entender inconstitucional ou por não preencher o acusado os requisitos elencados na lei. Subsidiariamente, requereu a sua aplicação em patamar menor (fls. 182/187).

Por sua vez, a Defesa pleiteou a absolvição, alegando, em síntese, insuficiência probatória. Subsidiariamente, requereu a redução da pena-base, a aplicação da redução máxima da pena com fundamento no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, o afastamento da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas, a fixação de regime inicial diverso do fechado, a aplicação do disposto no artigo 387, §2º, do Código de Processo Penal, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e concessão do direito de recorrer em liberdade (fls. 167/178).[...]

O paciente foi condenado à pena de 2 anos e 11 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 291 dias-multa, por ofensa ao art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, III, ambos da Lei 11.343/2006, sendo-lhe denegado recorrer em liberdade.

O Tribunal estadual deu parcial provimento à apelação do réu, ora paciente, para, afastada a causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas, sejam fixadas as penas de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 250 dias-multa, por incurso no artigo 33, *caput*, c.c. o § 4º, da citada lei.

A impetrante argumenta, em suma, que os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos são idênticos aos elementos que norteiam a fixação da pena-base, não podendo, validamente, admitir valoração contraditória, ora os considerando como favoráveis à fixação da pena-base no mínimo legal, ora considerando-os como negativos para o fim de substituir a pena privativa de liberdade.

Aduz, outrossim, que o Tribunal manteve o regime inicial fechado sob o argumento de que o paciente cometeu um crime grave, equiparado ao hediondo, bem como pela grande quantidade de drogas encontrada. No entanto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do *HC* 118.533, reconheceu que o tráfico privilegiado não tem natureza hedionda.

Requer, em liminar, que o paciente aguarde em regime aberto o julgamento definitivo deste *mandamus*, e, no mérito, a fixação do regime aberto com a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Deferida a liminar, prestadas as informações, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.

DECIDO.

Quanto aos pleitos de abrandamento do regime inicial e conversão da pena privativa em restritiva, o Tribunal de origem assim tratou dos temas, nos seguintes termos (fl. 59):

[...] Quanto à substituição da pena corporal por restritivas de direitos, muito embora, em tese, possível, esta Câmara tem como regra a incompatibilidade da benesse ao condenado por crime desta natureza, não em função de impeditivo legal, mas pela periculosidade social presumida, incompatibilizando o autor do crime com atividades comunitárias ou assistenciais, na medida em que o recoloca em contato direto com grupo suscetível ao seu assédio.

No caso concreto, aliás, em que pese não exorbitante, havia variedade de estupefacientes, em quantidade não irrisória, o que justifica a redução de metade.

O regime prisional também requer reparo, pois suficiente à prevenção e reprovação da conduta, ressaltada a variedade e quantidade de droga, que inicie em regime intermediário, estágio em que, fiscalizado ostensivamente, poderá retornar ao convívio social, com trabalho externo, inclusive. Frise-se que, em regime aberto, o acusado simplesmente retornaria, sem qualquer controle, ao convívio social que o levou a cometer o ilícito.[...]

Como se vê, o Tribunal de origem fixou o regime inicial semiaberto e negou a substituição da pena privativa de liberdade com fundamento na *variedade de estupefacientes, em quantidade não irrisória*.

Sabe-se que esta Corte superior entende ser possível a fixação do modo prisional mais severo e a negativa da conversão com esteio na quantidade, natureza e variedade dos entorpecentes apreendidos.

No presente caso, contudo, trata-se de apreensão de 13,4g de cocaína e 1,86g de maconha (fls. 45-46), quantidades que não se mostram consideráveis a ponto de justificar a escolha do regime inicial mais severo.

Assim, o estabelecimento de regime prisional mais gravoso sem fundamento concreto, contraria o disposto nas Súmulas 440/STJ, 718 e 719/STF, *in verbis*:

Súmula 440/STJ: 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.

Súmula 718/STF: 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.

Súmula 719/STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

O mesmo entendimento aplica-se a conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Assim, ausente indicação de elementos concretos que justifiquem a fixação do modo prisional intermediário e a não conversão da pena privativa em restritiva, e somado ao fato de a pena-base ter sido reduzida ao mínimo legal (fl. 58), a ordem deve ser concedida para alterar o regime inicial para o aberto e determinar a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Nesse norte:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE INJUSTIFICADO.

[...]

REGIME INICIAL. DESPROPORCIONALIDADE AO QUANTUM FINAL DA PENA. ALTERAÇÃO PARA O MODO ABERTO E PERMUTA POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Tratando-se de condenado à pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão,

primário e de bons antecedentes, com quem foi apreendida quantidade de substâncias tóxicas que não se revela expressiva ou elevada, impõe-se o estabelecimento do regime aberto para o cumprimento inicial da reprimenda privativa de liberdade, bem como a sua substituição por sanções restritivas de direitos.

2. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena imposta ao paciente para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial aberto, mais pagamento de 166 dias-multa, substituindo-se a sanção reclusiva por restritivas de direitos a serem definidas pelo Juízo competente. (HC 438.505/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 20/03/2018).

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para alterar o regime inicial para o aberto e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 27 de novembro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO

Relator