

HABEAS CORPUS Nº 542.117 - SP (2019/0321583-8)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LEONARDO NASCIMENTO DE PAULA - SP320176
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DONIZETI DO CARMO MARCELINO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PRIMARIEDADE. REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA. LIMINAR CONFIRMADA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de DONIZETI DO CARMO MARCELINO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação n.º 1503493-76.2018.8.26.0228.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado, pela prática do crime tipificado no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso VI, da Lei n.º 11.343/2006, à pena de 1 (um) ano e 11 (onze) meses de reclusão, no regime inicial fechado, mais o pagamento de 193 (cento e noventa e três) dias-multa.

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte de origem, ao qual negou provimento (fls. 46-58).

Neste *writ*, a Impetrante sustenta que: a) deve ser fixado o regime prisional aberto para o início de cumprimento da reprimenda; e b) o Paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois atende a todos os seus requisitos.

Requer, liminarmente e no mérito, a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Subsidiariamente, pleiteia a fixação do regime inicial semiaberto, com a aplicação do art. 387, § 2.º, do Código de Processo

Penal.

O pedido liminar foi parcialmente deferido às fls. 71-73.

As informações foram prestadas às fls. 78-115, 116-120 e 121-149.

O Ministério Público Federal opinou *"pelo não conhecimento do habeas corpus, mas pela concessão da ordem, de ofício, para que seja fixado o regime prisional de acordo com o quantum de pena estabelecido e, acaso cumpridos os requisitos do art. 44 do CP, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva e direitos"* (fl. 73).

É o relatório.

Decido.

O Juízo sentenciante, em decisão mantida pela Corte local, fixou o regime inicial fechado e indeferiu a substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos, sob a seguinte fundamentação (fl. 32):

"[...]

A pena privativa de liberdade deve ser cumprida inicialmente em regime fechado, nos termos do que propõe a Lei n.º 11.464/07, em seu art. 2º, §1º. O tráfico é um crime grave e o regime fechado é o único compatível com tal gravidade. Refere-se a delitos contra o patrimônio e ao tráfico de armas. Pelo mesmo motivo, deixo de converter a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos."

No caso, considerando a pena definitiva imposta – 1 (um) ano e 11 (onze) meses de reclusão –, a primariedade do Paciente, a ausência de circunstâncias judiciais negativas (fl. 31), bem como a quantidade de droga apreendida, que não pode ser considerada expressiva – **2g de maconha e 0,8g de cocaína** –, mostra-se cabível a fixação do regime inicial **aberto**, conforme o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Nesse sentido:

"[...]

3. Cominada a pena reclusiva de 1 ano, 11 meses e 10 dias, tendo em vista a apreensão de 26,15g (vinte e seis gramas e quinze centigramas) de cocaína e 9,16g (nove gramas e dezesseis centigramas) de maconha, verifico flagrante ilegalidade na fixação do regime fechado e no indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

4. Com efeito, estipulada a pena-base no mínimo legal,

reconhecida a primariedade da agente e cominada a minorante do tráfico privilegiado na fração máxima, não é possível negar esses benefícios com espeque na hediondez do delito e na quantidade de estupefaciente apreendido que, no caso, é inexpressiva. Incidência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719/STF.

5. Agravo regimental desprovido. Habeas corpus concedido, de ofício, para fixar o regime aberto e conceder a substituição da pena." (AgInt no AREsp 1.142.322/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe 12/03/2018; sem grifos no original.)

Confirmam-se, a propósito, os Enunciados n.ºs 718 e 719 das Súmulas do Supremo Tribunal Federal e n.º 440 da Súmula desta Corte, respectivamente:

"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."

"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."

Presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, possível, igualmente, a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

Nesse sentido, há jurisprudência **pacífica** desta Corte Superior em casos semelhantes:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA DE 01 (UM) ANO E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

V - Preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, quais sejam, pena não superior à 4 (quatro) anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, réu não reincidente e circunstâncias judiciais favoráveis, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em moldes a serem especificados pelo Juízo a quo. "

Superior Tribunal de Justiça

"[...]

Habeas corpus não conhecido. *Ordem concedida de ofício, para fixar o regime prisional aberto, para o início do cumprimento da pena e determinar a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos moldes do artigo 44 do Código Penal, a ser estabelecida pelo MM. Juízo a quo, bem como determinar que o paciente aguarde o trânsito em julgado de sua condenação em liberdade, salvo se estiver preso por outro motivo.*" (HC 482.521/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 11/02/2019.)"

Ante o exposto, CONCEDO a ordem de *habeas corpus*, a fim de, confirmando a liminar deferida, fixar, em definitivo, o regime aberto para início de cumprimento de pena privativa de liberdade, bem como para substituí-la por duas penas restritivas de direitos, ficando as condições do regime e a especificação das reprimendas restritivas sob a responsabilidade do Juízo das Execuções Penais.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora