

HABEAS CORPUS Nº 536.891 - SP (2019/0295428-1)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
KARINA SANTOS SALVADOR - SP290900
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RICARDO FIGUEIREDO DOS SANTOS
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRIMARIEDADE E PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REPRIMENDA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS A JUSTIFICAREM A IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. DESPROPORCIONALIDADE. REGIME SEMIABERTO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO PREVISTO NO ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de RICARDO FIGUEIREDO DOS SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação n.º 0047196-83.2018.8.26.0050.

Consta nos autos que o Paciente foi condenado pela conduta descrita no art. 33 da Lei de Drogas, "*à pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, e o pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, na forma especificada, por infração ao artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06*" (fl. 27).

Inconformado, o Sentenciado interpôs recurso de apelação, que foi parcialmente provido tão somente para "*reduzir a pena-base arbitrada ao apelante Ricardo Figueiredo dos Santos para o mínimo legal, sem reflexos, contudo, na pena final a ele imposta*" (fl. 47).

Neste *writ*, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo sustenta, em síntese: a) a ilegalidade da fixação do regime inicial fechado, porquanto "[o] réu é primário,

sem quaisquer antecedentes e, como acima já exposto, teve a pena base fixada no mínimo legal (circunstâncias judiciais favoráveis)" (fl. 6); e b) o direito do Paciente à substituição da pena corporal por sanções restritivas de direitos.

Requer, liminarmente e no mérito, que o Paciente seja colocado no regime aberto com a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

O pedido liminar foi deferido parcialmente para *"assegurar ao Paciente o cumprimento da pena no regime inicial semiaberto até o julgamento definitivo deste writ, se por outro motivo não estiver preso em regime mais gravoso"* (fl. 52).

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 62-63, opinou *"pela concessão da ordem para que seja fixado o regime inicial semiaberto"*.

É o relatório. Decido.

O Tribunal de origem, ao manter o regime inicial fechado, apresentou os seguintes fundamentos (fl. 45; sem grifos no original):

"Registre-se, com isso, que não houve violação alguma às Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, já que a gravidade do crime foi analisada no caso em concreto, notadamente ao se considerar a natureza, diversidade e quantidade da droga apreendida, 67 (sessenta e sete) invólucros plásticos contendo maconha, pesando 236,7 grs. (duzentos e trinta e seis gramas e sete decigramas), além de 178 (cento e setenta e oito) eppendorfs contendo cocaína, pesando 156,9 grs. (cento e cinquenta e seis gramas e nove decigramas), justifica, por si só, a fixação de regime mais severo para início do cumprimento da pena, pelo excessivo mal que podem causar à saúde pública, atingindo um número incontável de pessoas, podendo levar os usuários das drogas traficadas até a morte, o que bem revela a frieza, indiferença e, conseqüentemente, periculosidade do apelante Ricardo, de modo a justificar a manutenção do regime fechado imposto na r. sentença de primeiro grau, nos termos do artigo 42 da Lei de Drogas."

Como se percebe, a Corte de origem apresentou fundamentação concreta para a fixação do regime prisional mais gravoso do que o admitido pelo *quantum* da pena aplicada – 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão –; todavia, no caso, considerando a primariedade do Paciente e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível, em observância aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, a fixação do regime inicial semiaberto, conforme o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos

do Código Penal, e art. 42 da Lei de Drogas.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO TENTADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. REGIME EXCESSIVAMENTE GRAVOSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, 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 - enunciado n. 440 da Súmula deste Tribunal. Na mesma esteira, são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

- De outro lado, a jurisprudência pacífica desta Corte também definiu que o regime prisional não está condicionado, de forma absoluta, à quantidade de pena aplicada, uma vez que se deve dar relevo aos demais elementos concretos do delito.

- Diante disso, não se verifica constrangimento ilegal na fixação do regime inicial mais gravoso em razão da gravidade concreta do crime, o que foi destacado pelo Tribunal a quo, ao enfatizar o modus operandi do delito, o qual extrapolou a prática delituosa comum para o tipo. Precedentes desta Corte (HC 361.631/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Terceira Seção, julgado em 14/12/2016, DJe 02/02/2017 e HC 381.056/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 18/05/2017, DJe 31/05/2017).

- Apesar de ser idônea a fundamentação apresentada para justificar a fixação de regime inicial mais gravoso, na espécie, para uma pena inferior a 4 anos de reclusão - para a qual seria cabível a aplicação de regime inicial aberto, não fosse a gravidade concreta do delito -, **afigura-se desproporcional a aplicação de regime inicial fechado**, excessivamente oneroso para os pacientes, devendo incidir o **regime inicial semiaberto**, imediatamente mais gravoso que o quantum da pena indica.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida ex-officio para aplicar o regime inicial semiaberto para o cumprimento das penas aplicadas aos pacientes." (HC 408.858/SP, 5.ª Turma, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJ 01/06/2018; sem grifos no original.)

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO

NA FORMA TENTADA. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ENUNCIADO N. 443/STJ. NÃO APLICAÇÃO. REGIME PRISIONAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA O RECRUDESCIMENTO. DESPROPORCIONALIDADE DO REGIME INICIAL FECHADO. PACIENTE PRIMÁRIO E CONDENAÇÃO QUE NÃO EXCEDE 4 ANOS. ABRANDAMENTO PARA O REGIME INTERMEDIÁRIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. Segundo o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, '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'.

5. No caso, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, verifica-se que **o regime mais gravoso foi fixado com base em fundamentação concreta**, qual seja, o fato de o delito ter sido praticado em estabelecimento comercial, expondo a risco maior número de pessoas. Houve, ainda, troca de tiros entre os acusados e a polícia, o que denota maior desvalor da ação. **Entretanto, o regime inicial fechado, excessivamente mais severo** do que a pena de 3 anos e 8 meses de reclusão comporta, **revela-se desproporcional**, sendo mais adequado a fixação do **regime semiaberto**.

6. Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto." (HC 353.220/SP, 5.^a Turma, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJ 07/12/2017; sem grifos no original.)

No que se refere ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, entendo que a quantidade e a diversidade das drogas apreendidas impedem a concessão do instituto, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado, no qual, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, foi negada a substituição da pena ao Acusado com base na quantidade e natureza da droga apreendida:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. VALORAÇÃO NA TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

6. *Ante a declaração de inconstitucionalidade, pela Corte Suprema, da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos', constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão 'vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos', contida no art. 44 do mesmo diploma normativo, mostra-se possível, em princípio, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006.*

7. *Para tanto, devem ser preenchidos, cumulativamente, os requisitos objetivos e subjetivos exigidos no art. 44 do Código Penal, não sendo possível negar a benesse com base na hediondez e na gravidade abstrata do crime de tráfico, consoante hodierno entendimento dos tribunais superiores.*

8. *No caso em exame, é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois, apesar de o paciente ter sido condenado à pena de 4 anos de reclusão, a quantidade e a natureza da droga apreendida evidenciam que a substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos não se mostrará suficiente para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.*

9. *Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, tão somente para que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, mediante concreta fundamentação, analise a possibilidade de fixação de regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal."* (HC 307.743/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 22/06/2015; sem grifos no original.)

Ante o exposto, CONCEDO EM PARTE a ordem de *habeas corpus* para confirmar a decisão liminar e, por conseguinte, assegurar ao Paciente o cumprimento da pena no regime inicial semiaberto, se por outro motivo não estiver preso em regime mais gravoso.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora