

**HABEAS CORPUS Nº 540.433 - SP (2019/0312740-6)**

**RELATOR** : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : FABIANA CAMARGO MIRANDA GUERRA  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : PAULO SERGIO JOAQUIM AZEVEDO  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

**PAULO SERGIO JOAQUIM AZEVEDO** alega ser vítima de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (Apelação Criminal n. 0057000-75.2018.8.26.0050).

A defesa busca, por meio deste *writ*, seja fixado ao paciente o regime aberto e determinada a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos autos do processo em que foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

A liminar foi por mim **deferida**, nos termos da decisão de fls. 31-32, "para, até o julgamento final deste writ, sobrestar o cumprimento da pena imposta ao paciente nos autos do Processo n. 0057000-75.2018.8.26.0050".

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

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do habeas corpus.

**Decido.**

O Tribunal de origem, ao dar provimento ao recurso do Ministério Público, assim fundamentou a fixação do regime inicial fechado e a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por

restritivas de direitos, *in verbis* (fl. 25):

No que tange ao regime, assiste razão ao Parquet, porquanto a gravidade concreta da conduta determina a imposição da modalidade fechada, especialmente porque outra não se afiguraria recomendável à prevenção e repressão do delito de tráfico.

Ora, o Apelado foi surpreendido, em pleno *iter criminis*, **na posse de porções de cocaína -, substância altamente nociva, e que traria grave risco à saúde pública, sem se olvidar da anterior condenação pelo mesmo delito**, inexistindo qualquer afronta aos princípios da proporcionalidade e da individualização ou violação às Súmulas/STF, nº s 718 e 719 e STJ, nº 440, cassando-se, como corolário, as restritivas.

Certo é que, uma vez reconhecida, incidentalmente, a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (STF, HC n. 111.840/ES, DJe 17/12/2013), a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como, por exemplo, a quantidade, a natureza e/ou a diversidade de drogas apreendidas), para que, então, seja fixado o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33 e parágrafos do Código Penal – com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

No caso, embora a Corte estadual haja sido mencionado fundamentos concretos e específicos dos autos – natureza da droga apreendida e anterior condenação pela prática do mesmo crime – 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 de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da pena imposta 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, teve a pena-base estabelecida no mínimo legal, foi agraciado com a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e apreendido com quantidade de drogas não tão elevada** (15,3 gramas de cocaína e 0,7 gramas de crack).

Diante de tais considerações, **sem descuidar de que a dosimetria da pena configura matéria restrita ao âmbito de certa discricionariedade do magistrado**, mas em atenção às especificidades do caso ora analisado, considero ser o regime inicial **aberto** o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal, com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Pelas mesmas razões anteriormente expostas, não vejo como concluir que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra, no caso, medida socialmente recomendável, motivo pelo qual deve a ordem ser concedida também nesse ponto, para determinar a substituição da reprimenda privativa de liberdade por **duas** restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, as quais deverão ser estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais, à luz das peculiaridades do caso concreto.

Apenas *ad cautelam*, esclareço que a concessão da ordem – nos moldes em que delineados anteriormente – em nenhum momento traduz inobservância ao princípio do livre convencimento motivado; trata-se, na verdade, de controle de legalidade e de constitucionalidade dos critérios empregados pelas instâncias ordinárias na dosimetria da pena, bem como de correção – perfeitamente possível em habeas corpus – de uma **evidente discrepância** na forma de cumprimento da reprimenda imposta ao acusado.

A propósito, destaco que, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, "A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, **bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores**" (RHC n. 115.654/BA, Rel. Ministra Rosa Weber, 1ª T., DJe 21/11/2013). Tal situação, conforme anteriormente salientado, ficou devidamente caracterizada na espécie dos autos.

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do

# *Superior Tribunal de Justiça*

RISTJ, **concedo a ordem**, para fixar ao paciente o regime **aberto** de cumprimento de pena e determinar a **substituição** da reprimenda privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem escolhidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Comunique-se, com urgência, o inteiro teor desta decisão às instâncias ordinárias para as providências cabíveis.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ  
Relator