

HABEAS CORPUS Nº 529.809 - SP (2019/0255679-9)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : WAGNER VERZINHASSE NARDINI
ADVOGADO : WAGNER VERZINHASSE NARDINI - SP201519
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TALITA MACHADO 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 liminar, impetrado em favor de TALITA MACHADO DOS SANTOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação Criminal n.º 0011272-40.2015.8.26.0624.

Consta dos autos que a Paciente foi condenada "*como incurso no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, a pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, com valor unitário no mínimo legal*" (fl. 47).

Irresignada, a Sentenciada interpôs recurso de apelação, que foi desprovido (fls. 59-90).

Neste *habeas corpus*, o Impetrante alega, em síntese: a) que é ilegal o regime inicial fixado, porquanto "*a pena aplicada é de 1 ano e 8 meses; é a paciente primária; não ostenta antecedentes; possui filho menor que dele depende; a pena aplicada e as circunstâncias do artigo 59 do CP lhe são totalmente favoráveis*" (fl. 12); e b) que a Paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de

direitos.

Requer, liminarmente e no mérito, a fixação do regime inicial aberto com a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

O pedido liminar foi deferido parcialmente *"para modificar o regime inicial de cumprimento da pena para o semiaberto até o julgamento final deste writ."* (fl. 117).

As informações foram prestadas (fls. 123-184 e 187-250).

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 252-258, opinou *"pelo não conhecimento do writ, e no mérito, pelo princípio da eventualidade, se conhecido, pela concessão parcial da ordem, para estabelecer o regime semiaberto à paciente, sem possibilidade de sua substituição"* (fl. 258).

É o relatório. Decido.

O Tribunal *a quo* manteve o regime inicial fechado com base na seguinte fundamentação (fls. 85-87; sem grifos no original):

"Sem razão pedido defensivo para o abrandamento do regime prisional fixado na r. sentença.

Tratando-se de crime equiparado a hediondo, a imposição de regime inicial fechado, cumpre ressaltar, é determinada pela legislação vigente, ou seja, artigo 2º, §1º, das Lei 8.072/1990, com redação dada pela Lei 11.464/2007. Tal rigor tem respaldo, inclusive, na própria Constituição Federal, no disposto no artigo 5º, XLIII, não se podendo alegar inconstitucionalidade.

Forçoso admitir, entretanto, que, recentemente, emanaram decisões dos Tribunais de Brasília, no sentido de ser possível a imposição de regime inicial diverso do fechado, principalmente, mas não somente, para condenados por tráfico 'privilegiado'.

Contudo, tais decisões possuem eficácia 'inter partes' e não 'erga omnes', inexistindo até o momento manifestação expressa, daquelas Cortes, no sentido de ser possível a concessão da benesse para casos semelhantes.

*Ademais, 'in casu', a fixação de regime diverso do fechado mostra-se insuficiente para a ressocialização dos penitentes e para a prevenção e repressão de delitos desse jaez, de modo geral. É de se anotar que o fato de em um processo ter-se decidido por tal possibilidade, não torna esse entendimento regra de aplicação automática para os demais feitos. **No caso, eram três as que praticavam, em concurso, o crime, inclusive com criança pequena junto demonstrando organização e ousadia, portanto, periculosidade exacerbada, a que aqui, deve ser observado como situação composta de gravidade, exigindo-se o rigor aplicado na escolha do regime de***

cumprimento.

Com relação à substituição da corporal por restritiva de direitos, inclusive pelo já consignado, para a escolha do regime fechado, portanto, incompatível com tal imposição, não se trata de medida, evidentemente, que seja adequada ao caso concreto (artigo 44, inciso III, do Código Penal)."

Como se vê, a Corte local manteve o regime inicial fechado com lastro na **especial gravidade da conduta**, pois, no caso, *"eram três as que praticavam, em concurso, o crime, inclusive com criança pequena junto demonstrando organização e ousadia"*.

Tal fundamentação, embora possa amparar o estabelecimento de regime mais gravoso, não tem o condão de justificar o regime prisional fechado, tendo em vista que, na espécie, a pena definitiva foi de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, com pena-base no mínimo legal, e a primariedade da Paciente reconhecida, a justificar a imposição do **regime inicial semiaberto** – imediatamente mais gravoso.

Exemplificativamente:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO E AFASTAMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA COM ESTEIO EM FUNDAMENTO CONCRETO. QUANTIDADE DE DROGA.

1. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta o estabelecido no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. No caso, em que pese à fixação da pena básica no mínimo legal e ao quantum definitivo inferior a 4 anos, o Tribunal a quo fez expressa referência à gravidade concreta dos fatos imputados ao ora agravante, ante a razoável quantidade de droga apreendida – 490,2g (quatrocentos e noventa gramas e dois decigramas) de maconha –, circunstância utilizada, inclusive, para modular o redutor do tráfico privilegiado e que autoriza a conclusão de que a conduta reveste-se de maior grau de reprovabilidade, a justificar a fixação de regime prisional imediatamente mais gravoso do que aquele que a quantidade de pena atrairia e também o afastamento da substituição da reprimenda. Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp

1.674.992/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/04/2018, DJe 09/04/2018; sem grifos no original.)

"AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. REGIME FECHADO. DESPROPORCIONALIDADE. REPRIMENDA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME SEMIABERTO. RAZOABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIÁVEL. NATUREZA, DIVERSIDADE E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça está fixada no sentido de que a quantidade, a diversidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos estão aptos a alicerçar a fixação de regime mais gravoso, na hipótese o semiaberto, para o cumprimento inicial da pena restritiva de liberdade imposta ao réu.

2. Agravo interno desprovido." (AgRg no REsp 1.735.780/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 25/09/2018; sem grifos no original.)

Por fim, ao negar a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, a Corte de origem consignou que *"não se trata de medida [...] que seja adequada ao caso concreto"*, porquanto *"eram três as que praticavam, em concurso, o crime, inclusive com criança pequena junto demonstrando organização e ousadia"*, o que evidencia o não preenchimento do requisito 44, inciso III, do Código Penal.

Nesse sentido, cito julgado desta Corte Superior em que, mesmo tendo sido consideradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, foi indeferida a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos em razão do não preenchimento do requisito do art. 44, inciso III, do Código Penal:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DECISÃO MONOCRÁTICA. TRÁFICO DE DROGAS E RECEPÇÃO EM CONCURSO MATERIAL. DOSIMETRIA. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. ADEQUADO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO RECOMENDADA. ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA AGRAVO

Superior Tribunal de Justiça

REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - Sendo o réu primário, fixada a pena-base no mínimo legal e considerada como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime inicial semiaberto mostra-se mais adequado para o resgate da reprimenda no presente caso, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

III - A quantidade de droga associada ao crime de receptação de aparelho telefônico no contexto do tráfico de drogas são circunstâncias que não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, consoante o disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal, não havendo, portanto, qualquer ilegalidade na negativa da benesse em tela.

Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 527.114/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2019, DJe 25/11/2019; sem grifos no original.)

Ante o exposto, CONCEDO EM PARTE a ordem de *habeas corpus* a fim de modificar o regime inicial de cumprimento da pena para o semiaberto.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora