

HABEAS CORPUS Nº 568.234 - SP (2020/0073219-8)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : SERGIO AFONSO MENDES
ADVOGADO : SÉRGIO AFONSO MENDES - SP137370
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOÃO PAULO ALVES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **JOÃO PAULO ALVES** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Criminal n.º 0002434-79.2017.8.26.041.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, mais pagamento de 625 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem deu provimento ao apelo defensivo para reduzir a pena imposta à ré para 1 ano e 8 meses de reclusão, mais 166 dias-multa, mantido o regime inicial fechado.

Neste *writ*, alega o impetrante que o modo prisional mais gravoso foi estabelecido com amparo apenas na gravidade abstrata e na hediondez do delito, em contrariedade à Súmula 440 do STJ.

Requer, liminarmente e no mérito, a modificação do regime prisional de cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

É o relatório.

Decido.

Esta Corte possui entendimento pacificado no sentido de que a concessão de liminar em *habeas corpus* constitui medida excepcional, uma vez que somente pode ser deferida quando demonstrada, de modo claro e indiscutível, ilegalidade no ato judicial impugnado.

Na hipótese, verifica-se o preenchimento dos requisitos necessários à concessão da liminar pleiteada, porquanto, ao menos em uma análise perfunctória, há indícios suficientes de configuração do pretense constrangimento ilegal, de modo a justificar o processamento da presente ordem e a concessão da tutela de urgência pretendida.

Da análise dos autos, observa-se que o Tribunal de origem, ao negar provimento ao apelo da defesa, manteve o modo fechado pelos seguintes fundamentos:

"O regime inicial é o fechado.

Existe amparo legal para a eleição do regime em foco, art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990.

Não só isso, o legislador constitucional tratou o delito de tráfico com maior rigor, sendo que ele é equiparado a hediondo, pelas nefastas consequências que traz à saúde pública e à sociedade.

A agir, sendo primário e de bons antecedentes, na iniciação de crime de tal envergadura, o apelante mostra-se perigoso, ousado e sem empatia com terceiros, busca apenas o lucro fácil, sem se importar

com o dano causado a usuários e viciados, bem como os suplícios de amigos, colegas e familiares.

Cabe invocar ensinamento do STF: "A determinação do regime inicial de cumprimento da pena não depende apenas das regras do *caput* do art. 33 e seu parágrafo 2º do Cód. penal, mas, também, de suas próprias ressalvas, conjugadas com o *caput* do art. 59 e inciso III (RHC 64.970). E deve ser feita, nos termos do parágrafo 3º do art. 33, com observância critérios previstos no art. 59." (HC nº 70.289-SP, 1ª Turma, Rel. Min.

Sidney Sanches, in RTJ, 148:490).

Ora, é de pronta inteligência que a perpetração de tráfico denota personalidade inteiramente avessa aos preceitos ético-jurídicos que presidem à convivência social.

Dessa forma, retribui-se a ação criminosa feita contra todos; previne-se que não mais a cometa, tampouco outras infrações penais e, arrependendo-se, reinsira-se na sociedade." (e-STJ, fls. 31-32).

Convém anotar que a obrigatoriedade do cumprimento inicial em regime fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Com efeito, a teor da Súmula 440 do 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". No mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do STF estabelecem que o regime mais gravoso exige fundamento idôneo, não constituindo motivo idôneo a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito, *in verbis*:

"Súmula 718 do 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 do STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

No caso, o Tribunal de origem justificou o modo mais gravoso de cumprimento de pena apenas na hediondez e na gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas.

Entretanto, tendo sido fixada a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, verificada a primariedade da ré e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, a paciente deve iniciar o cumprimento da pena reclusiva em **regime aberto**, sobretudo quando não significativa a quantidade da droga apreendida - 19,87 gramas de

crack.

Nesse sentido:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

3. Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

4. Sendo o paciente primário, com circunstâncias judiciais favoráveis, e a quantidade e a diversidade dos entorpecentes apreendidos (128g de maconha e 26g de cocaína), justificam a fixação do regime legal, ou seja, o modo aberto. O regime inicial fechado, excessivamente mais severo do que a pena de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, revela-se desproporcional.

5. Do mesmo modo, o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não se justifica, mormente porque preenchidos todos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime inicial aberto e determinar a substituição da pena de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções Penais."

(HC 378.720/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 7/2/2017, DJe 10/2/2017).

Por fim, pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade da agente, circunstâncias judiciais favoráveis), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução, valendo-se anotar que esta Corte e o Supremo Tribunal Federal entendem que não existe óbice na Lei de Drogas para a concessão do citado benefício quando preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal.

Cito, a propósito, o seguinte precedente:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. SUPERVENIÊNCIA DE JULGAMENTO DE APELAÇÃO. PEDIDO PREJUDICADO. REGIME PRISIONAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. Com base no julgamento do HC 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

5. Hipótese em que a sentença, mantida pelo acórdão que julgou a apelação, referiu-se apenas à gravidade abstrata do tráfico de drogas para fixar o regime inicial fechado e negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

6. O *quantum* da condenação (1 ano e 8 meses), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem à paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea c, do CP, além da substituição por restritiva de direitos.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais."

(HC 377.765/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 6/6/2017, DJe 13/6/2017).

Em face do exposto, **defiro** o pedido liminar para fixar o regime aberto, bem como para substituir a pena corporal por restritiva de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo de execução, salvo se por outro motivo estiver cumprindo pena em regime mais gravoso.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado do São Paulo e o Juízo da 1.ª Vara Criminal da Comarca de Paraguaçu Paulista-SP, solicitando-lhes, ainda, que prestem as informações que entenderem necessárias.

Após, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 23 de março de 2020.

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator