HABEAS CORPUS Nº 539.975 - SP (2019/0310741-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO DANIEL DURVAULT ROITBERG - RJ168348
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	LEANDRO RAFAEL BRAZ BENTOGLIO
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO. REGIME PRISIONAL. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 440/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. FALTA DOS PRESSUPOSTOS. PARECER ACOLHIDO.
Ordem parcialmente concedida para alterar o regime inicial de cumprimento da pena, nos termos da decisão liminar.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* ajuizado em nome de **Leandro Rafael Braz Bentoglio**, condenado à pena privativa de liberdade de 1 ano e 8 meses de reclusão, inicialmente em regime semiaberto, pela prática do crime de tráfico de drogas.

Aponta-se a existência de constrangimento ilegal decorrente do julgamento da Apelação Criminal n. 0005043-19.2015.8.26.0348, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, com a alegação de que, como as circunstâncias judiciais do paciente foram consideradas favoráveis na origem, cabível é o regime inicial aberto e a substituição da reprimenda por restritivas de direitos.

Em caráter liminar, busca-se a possibilidade de o paciente aguardar em liberdade o julgamento deste *writ*.

Deferi medida liminar apenas para permitir que ele iniciasse o cumprimento de sua pena no regime aberto (fls. 44/45).

Parecer do Ministério Público Federal *pelo não conhecimento do writ. Caso assim não se entenda, pela concessão, de ofício, da ordem, apenas para alterar o regime inicial* (fl. 50).

O Tribunal estadual e o Juízo *a quo* prestaram informações (fls. 55/58 e

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: B97C0C29-B5D8-4E52-AA46-7353E917C7F8

61/90).

É o relatório.

Realmente, existe, no caso, manifesto constrangimento ilegal possível de ser sanado por meio da via eleita.

Embora, na sentença, o Juiz, na primeira etapa do cálculo, seguindo o critério do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, tenha elevado a pena-base 1/6 acima do mínimo legal, considerando a natureza de uma das drogas apreendidas: cocaína, o Tribunal estadual entendeu que *a natureza danosa já está inserida no tipo penal do narcotráfico* (fl. 25). Assim, a Corte local fixou a básica no mínimo legal. Contudo, não alterou o regime prisional semiaberto para o aberto, antes motivado pela existência de circunstância tida por negativa.

Para o Colegiado paulista (fl. 27):

> justifica-se e recomenda-se que o acusado iniciasse o cumprimento da pena corporal em regime inicial intermediário, em que se submeterá a uma fiscalização ostensiva, apesar de poder exercer atividade laboral que o auxiliará na sua reintegração social com menor risco. Não há como alterá-lo para o aberto ou fechado. Posteriormente, preenchidos os requisitos necessários, poderá obter outro regime, menos rigoroso, no Juízo da execução penal.

Sucede, no entanto, que tal motivação não se sustenta por si só, pois há, entre nós, a jurisprudência segundo a qual *sendo o paciente primário, fixada a pena-base no mínimo legal e consideradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime aberto mostra-se o adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e n. 440 desta Corte Superior* (HC n. 515.060/SP, Ministro Leopoldo de Arruda Raposo, Desembargador convocado do TJ/PE, DJe 9/10/2019).

Quanto à pretendida substituição, disse o Magistrado de piso que *foram apreendidas drogas diversas* (107 *eppendorfs* contendo, ao todo, 41,2 g de cocaína, e 8 trouxinhas contendo, ao todo, 17,2 g de maconha), *com alto potencial de causar dependência química, razão pela qual a substituição, no caso dos autos, não atende aos propósitos da pena, já especificados* (fl. 39).

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: B97C0C29-B5D8-4E52-AA46-7353E917C7F8

Tais as particularidades, não há ilegalidade na negativa da benesse, nos termos do inciso III do art. 44 do Código Penal.

Não é outra a opinião do Subprocurador-Geral da República Onofre de Faria Martins (fl. 52):

> Como visto, deixou o Tribunal *a quo* de apresentar motivação concreta para manter o regime inicial semiaberto em detrimento do quantum da pena aplicada, uma vez que isso demanda a exposição de fundamentos que extrapolem o normal do tipo, não podendo se pautar em motivos outros que fujam às particularidades do caso concreto.
>
> Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedada a imposição de regime prisional mais gravoso do que o legalmente previsto com base apenas na opinião pessoal do julgador, consoante os termos dos enunciados das Súmulas n. 718 e 719/STF, e 440/STJ.
>
> Em relação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos a concessão não se mostra recomendável, tendo em vista a quantidade e natureza das drogas apreendidas (41,2 gramas de cocaína e 17,2 gramas de maconha).

O parecerista ainda destaca este precedente sobre o tema: HC n. 517.105/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 30/9/2019.

Pelo exposto, com base na jurisprudência e na manifestação ministerial, **concedo parcialmente** a ordem de *habeas corpus*, confirmando a decisão liminar.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 02 de abril de 2020.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: B97C0C29-B5D8-4E52-AA46-7353E917C7F8