

HABEAS CORPUS Nº 570.384 - SP (2020/0079076-5)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DIOGO CESAR PERINO - SP274029
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : NICOLAS BRUNO RIBEIRO DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

NICOLAS BRUNO RIBEIRO DA SILVA alega sofrer constrangimento ilegal diante do acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação n. 1500065-91.2019.8.26.0603.

Requer, liminarmente e no mérito, a **fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade** por restritiva de direitos, em virtude de sua condenação à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime fechado, e 250 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

O pedido comporta acolhimento *in limine*.

O Juiz sentenciante assim fundamentou a fixação do regime inicial fechado e a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, *in verbis* (fl. 31, grifei):

O regime inicial será o fechado, **considerando que a quantidade de droga apreendida não pode ser considerada pequena (cinquenta e quatro porções de maconha)**, e também pela necessidade de repreender severamente o delito de tráfico, que causa tantos males para a sociedade. **Pela mesma razão, não é recomendável a substituição da pena corporal pela pena restritiva de direitos.**

O Tribunal de origem, ao negar provimento ao recurso da defesa, manteve a sentença condenatória, em todos os seus termos.

Não se pode olvidar 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, conforme visto, as instâncias ordinárias consideraram devida a fixação do modo inicialmente mais gravoso, com base na quantidade de droga apreendida.

Contudo, embora haja sido mencionado fundamento concreto e idôneo, entendo que o regime inicial fechado se mostra excessivamente gravoso no caso. Isso porque o paciente era tecnicamente **primário** ao tempo do delito, foi condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, teve a pena-base fixada no **mínimo legal** (fl. 31), foi beneficiado com a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 – a qual visa, justamente, a beneficiar o "traficante ocasional" –, e foi apreendido com quantidade não tão expressiva de drogas (**212,15 g de maconha**). Portanto, **entendo evidenciado constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do réu**.

Dessa forma, entendo que **o regime aberto** é, efetivamente, o que se mostra o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito praticado, nos termos dos arts. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006.

De igual sorte, no que tange à pretendida substituição da pena por restritiva de direitos, vê-se que o Juiz sentenciante negou a substituição da pena privativa de liberdade sem mencionar qualquer elemento concreto dos autos que, de fato, evidenciasse que a substituição da reprimenda não se mostra medida socialmente recomendável.

Dessa forma, entendo que a favorabilidade das circunstâncias mencionadas evidencia que a substituição da pena se mostra medida socialmente recomendável, de acordo com o art. 44, III, do Código Penal, de maneira que deve ser concedido o habeas corpus também para **determinar a substituição da reprimenda privativa de liberdade por duas restritivas de direitos**, as quais deverão ser **estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais**, à luz das peculiaridades do caso concreto.

Superior Tribunal de Justiça

Por fim, apenas ressalto que não vejo razões que impeçam a concessão, *in limine*, da ordem de habeas corpus, notadamente porque expressamente autorizado – pelo inciso XX do art. 34 do Regimento Interno deste Superior Tribunal – que o Relator decida o habeas corpus, monocraticamente, quando se conformar com jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal.

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **concedo, in limine, a ordem**, a fim de: a) fixar o regime aberto de cumprimento de pena e b) determinar a substituição da reprimenda por duas medidas restritivas de direitos, a serem escolhidas pelo Juízo da Execução Criminal.

Comunique-se, com urgência, o inteiro teor dessa decisão ao Tribunal de Justiça estadual e ao Juízo de primeiro grau, para as providências cabíveis.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 1º de abril de 2020.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**