



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 570304 - SP (2020/0078878-7)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : MARCOS ANTONIO DE BARROS
ADVOGADO : MARCOS ANTÔNIO DE BARROS - SP092669
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAYKSON DE SOUSA NICOLAU (PRESO)
OUTRO NOME : MAIKSON DE SOUZA NICOLAU
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **MAIKSON DE SOUSA NICOLAU** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos Embargos Infringentes n.º 0001605-98.2017.8.26.0320/50000.

Consta nos autos que o paciente foi preso em flagrante no dia 29/01/2017 porque trazia consigo 65 porções de maconha, pesando 118,6 gramas e 26 porções de cocaína, com peso aproximado de 33 gramas. Sua prisão foi convertida em preventiva em audiência de custódia.

Denunciado pela prática do delito de tráfico de drogas, foi condenado à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, mais 540 dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, tendo sido indeferido o pleito de apelar em liberdade (e-STJ, fls. 52-58).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria, negou provimento ao recurso de apelação, mantendo a sentença condenatória em sua totalidade (e-STJ, fls. 32-38).

Pretendendo a prevalência do voto vencido no sentido da incidência do tráfico privilegiado, a defesa opôs embargos infringentes que foram acolhidos para aplicar o redutor do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006 na metade e reduzir a pena do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão, mais 250 dias-multa, mantido o regime inicialmente fechado (e-STJ, fls. 19-22).

No presente *habeas corpus*, o impetrante alega que o paciente é primário, trabalhador, com residência fixa e que a sua liberdade não atentará contra a ordem pública.

Afirma que, com o cancelamento da Súmula 512 do STJ, o tráfico privilegiado não é crime equiparado a hediondo.

Argumenta que o paciente faz jus ao regime aberto para o início do cumprimento de sua pena.

Requer, liminarmente e no mérito, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena por restritivas de direitos, bem como o direito de permanecer em liberdade até o trânsito em julgado da condenação.

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.

Quanto ao pedido de permanecer em liberdade até o trânsito em julgado da condenação, do que se pode extrair dos autos é que o juízo sentenciante indeferiu o direito de o réu apelar em liberdade, sob o entendimento de que remanesciam os pressupostos da prisão preventiva (e-STJ, fl. 57). Ocorre que a questão acerca da manutenção da prisão do apenado não foi alvo de novo enfrentamento pelo Tribunal *a quo* quando do julgamento do recurso de apelação - que manteve "*in totum* o veredicto de primeiro grau" (e-STJ, fl. 38) - ou dos embargos

infringentes, inviabilizando a sua análise perante esta Corte sob pena de indevida supressão de instância.

Relativamente aos demais questionamentos, 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 juiz sentenciante fixou o regime fechado para o início do cumprimento da pena do paciente, com fundamento no art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/1990. O Tribunal de origem, ao negar provimento ao recurso de apelação e mesmo após acolher os embargos infringentes para reduzir a pena originariamente fixada, nada referiu a respeito, mantendo, desta forma, o modo inicialmente fechado, nos termos da sentença condenatória, que assim referiu:

"O delito imputado ao acusado é equiparado a hediondo e, assim, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a nova redação dada pela Lei nº 11.464/07, e também diante da quantidade de pena aplicada, fixo o regime inicial fechado para o início de cumprimento da pena" (e-STJ, fl. 57)

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 n.º 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 n. 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, conforme referido, o modo mais gravoso de cumprimento de pena foi justificado apenas na hediondez e na gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas. Entretanto, tendo sido fixada a pena definitiva em 2 anos e 5 meses de reclusão, verificada a primariedade do réu e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o paciente deve iniciar o cumprimento da pena reclusiva em regime aberto, sobretudo quando não significativa a quantidade da droga apreendida - 118,6 gramas de maconha e 33 gramas de cocaína.

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 do 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 3.^a Vara Criminal da Comarca de Limeira-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, 01 de abril de 2020.

Ministro Ribeiro Dantas

Relator