

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 918.580 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
RECTE.(S) : CARLOS HENRIQUE PIGNANELLI BRIANEZ
ADV.(A/S) : GUSTAVO RENÊ MANTOVANI GODOY
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE
SÃO PAULO

DECISÃO: Trata-se de agravo cujo objeto é a decisão que inadmitiu recurso extraordinário interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (eDOC 03, p. 479):

“TRÁFICO DE DROGAS – INSUFICIÊNCIA
PROBATÓRIA – ABSOLVIÇÃO – INADMISSIBILIDADE –
FLAGRANTE – APREENSÃO DE ENTORPECENTES
CORROBORADA POR DEMAIS ELEMENTOS – DELITO QUE
SE CONFIGURA INDEPENDENTEMENTE DA ‘TRADITIO’ -
CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO”

Os embargos de declaração foram rejeitados.

No recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, III, “a”, do permissivo constitucional, aponta-se ofensa ao art. 5º, XLVI, da Constituição, buscando-se, em suma, a fixação do regime inicial aberto para o cumprimento da pena, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, com base no art. 44 do CP.

A Presidência da Seção Criminal do TJSP inadmitiu o recurso sob os fundamentos de: i) deficiência na fundamentação (incidência da Súmula 284 do STF), ii) ofensa meramente reflexa ao Texto Constitucional, e iii) incidência da Súmula 279 do STF.

É o relatório. Decido.

O agravo não ataca, especificamente, todos os fundamentos da decisão que inadmitiu o recurso extraordinário, eis que não rebate a incidência da Súmula 279 desta Corte. Sendo assim, torna-se inviável seu conhecimento, nos termos da Súmula 287 do STF e do art. 544, § 4º, I, do

ARE 918580 / SP

CPC.

Não obstante seja o caso de não conhecimento do agravo, verifico hipótese de constrangimento ilegal a autorizar a concessão do *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP.

Enfatizo que, considerando a excepcionalidade de tal proceder, a ilegalidade deve ser reconhecida de plano, apta a oportunizar a atuação jurisdicional de ofício, como é a situação desses autos.

O ora agravante foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 à pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, nos seguintes termos (eDOC 02, p. 317-318):

“Nos termos do artigo 59 do Código Penal, tendo em vista a primariedade e a pouca quantidade de droga apreendida fixo a pena base em seu mínimo legal em 05 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. Pelos elementos dos autos, sendo o réu também conhecido como usuário e por praticar a traficância em baixa escala, salutar o reconhecimento de que não restou comprovada a dedicação a atividade criminosa ou ser ele integrante de organização criminosa, a determinar a diminuição em 2/3 (dois terços), aplicando-se o disposto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, tornando-se a pena definitiva em **01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa**, ausentes outras circunstâncias ou causas de aumento ou diminuição.

A pena deverá ser cumprida em regime inicial fechado, em razão da natureza do crime, equiparado a hediondo, bem como pela necessidade de enfrentamento da crescente mercancia proscrita em Barretos, mostrando-se insuficiente a fixação de regime inicial mais brando. Pelos mesmos motivos não há se falar em substituição da pena corporal por pena restritiva de direitos ou suspensão de sua execução.”

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em apelação exclusiva do réu, manteve a decisão de primeiro grau.

ARE 918580 / SP

Entendo que a motivação acerca da fixação do regime inicial fechado e da impossibilidade de substituição da pena é descabida, isso porque a pena-base, na primeira fase da dosimetria, restou estabelecida em seu parâmetro mínimo, haja vista que foram favoráveis todos as circunstâncias judiciais. Como se não bastasse, além de não incidir qualquer agravante, na terceira fase da dosimetria da pena houve incidência do redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

O Juízo de 1º grau justificou o cumprimento de regime inicial fechado, bem como afastou a possibilidade de substituição da pena, com fundamento tão somente na natureza do delito (crime hediondo) e na necessidade de coibir o aumento da mercancia local.

Com relação ao regime inicial, o Tribunal Pleno desta Corte julgou inconstitucional a imposição *ex lege* (art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990) de regime inicial fechado para cumprimento de pena decorrente de condenação pela prática de crimes hediondos e equiparados (HC 111.840/ES, Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli).

Portanto, os crimes hediondos e equiparados devem obediência aos os critérios de fixação do regime inicial estabelecidos no artigo 33 do Código Penal:

“Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

(...)

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou

ARE 918580 / SP

inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.”

Como se vê, o regime inicial será fixado à luz da pena concreta e com observância das circunstâncias judiciais, ou seja, exige-se fundamentação **idônea e autônoma**. Nesse sentido, as Súmulas 718 e 719/STF:

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

No tocante à substituição da pena, observo que esta Suprema Corte também declarou a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei 11.343/2006 na parte em que vedava a possibilidade da substituição da pena (HC 97.256, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 16.12.2010).

Dessa forma, incumbe ao Juízo de origem averiguar se, na hipótese, há o preenchimento dos requisitos do art. 44 do CP para a concessão do benefício de substituição da pena.

Com efeito, constato que a sentença não descreve razões adequadas a justificar a escolha de regime inicial mais gravoso que o sugerido pela Lei Penal e a impossibilidade de concessão do benefício de substituição da pena. A gravidade em abstrato do crime de tráfico e a fundamentação baseada em percepções da realidade em geral (*“necessidade de enfrentamento da crescente mercancia proscrita em Barretos”*) não são motivações idôneas; pois, apesar de ser fato sociologicamente verificado e merecedor de atenção, é imprescindível que se motive analisando a

ARE 918580 / SP

singularidade do caso concreto, sem generalizações, de forma a concretizar o princípio constitucional da individualização da pena.

Nessa ótica, a violação ao direito à decisão fundamentada configura constrangimento ilegal. A fundamentação deficiente invalida a decisão e, em tal medida, autoriza o cumprimento da pena em regime inicial aberto, conforme abstratamente previsto em lei, bem como a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, uma vez preenchidos os requisitos do art. 44 do CP (pena inferior a 4 anos, primariedade do agente, bons antecedentes e circunstâncias judiciais favoráveis).

Ante o exposto, **não conheço do agravo. Contudo, nos termos do art. 654 do CPP, concedo a ordem de *habeas corpus*, de ofício, para fixar regime inicial aberto, nos termos do art. 33, §§ 2º, “c” e 3º, do CP, e determinar ao Juízo de origem que substitua a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos moldes do art. 44, § 2º, do CP.**

Comunique-se à 2ª Vara Criminal e da Infância e da Juventude da Comarca de Barretos-SP.

Publique-se.

Brasília, 07 de outubro de 2015.

Ministro Edson Fachin

Relator

Documento assinado digitalmente