

HABEAS CORPUS Nº 489.461 - SP (2019/0011956-0)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : MARIANA JORGE TODARO
ADVOGADO : MARIANA JORGE TODARO - SP0201455
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL DE ASSIS FERREIRA
PACIENTE : PAULO GIOVANI FERREIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. LEI N. 11.343/2006. 92 KG DE MACONHA. 35 TABLETES DE COCAÍNA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. FUNDAMENTO INIDÔNEO PARA JUSTIFICAR O REGIME INICIAL. ALTERAÇÃO DE REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. LEGALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. Ordem parcialmente concedida nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **Rafael de Assis Ferreira e Paulo Giovani Ferreira** contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação Criminal n. 0002080-47.2007.8.26.0177/SP.

Esta, a ementa do acórdão *a quo* (fl. 31):

Apelação Criminal. Associação ao tráfico de drogas. Sentença condenatória. Defesa alega, em preliminar, a nulidade da sentença pela ilegalidade das interceptações telefônicas. No mérito requer a absolvição pela fragilidade probatória ou pela ausência de comprovação de vínculo associativo estável. Subsidiariamente almeja o reconhecimento da tentativa e a atenuação da reprimenda, substituindo-se a carcerária por restritivas de direitos. Preliminar rejeitada. Interceptações telefônicas devidamente autorizadas por Juiz competente. Desnecessidade de perícia de voz e de degravação de toda a interceptação telefônica. Matéria pacificada nas cortes Superiores. Mérito. Incabível a absolvição. Materialidade e autoria comprovadas. Diálogos dos Réus acerca da compra e venda de drogas interceptados. Apesar da linguagem cifrada dos agentes, possível extrair o conteúdo ilícito das conversas. Associação para o tráfico de drogas configurada. Ajuste de vontades estável e permanente demonstrado. Assim como o tráfico de drogas, a associação não admite tentativa. Condenação de rigor. Penas comportam reparo. Majoração da pena base equivocada. Tráfico interestadual é causa de aumento de pena, a ser considerada apenas na terceira fase da dosimetria. Condenação por delito posterior aos fatos objeto

do presente recurso não pode ser utilizada como maus antecedentes. Regime fechado deve ser mantido. Indivíduo que participa ou se associa ao narcotráfico, revela extrema periculosidade. Por tais motivos, incabível a substituição da carcerária por restritivas de direitos. Recurso provido em parte.

Os pacientes foram condenados, pelo crime do art. 35 da Lei n. 11.343/2006, às **penas de 3 anos e 6 meses de reclusão em regime fechado**, e 700 dias-multa. Em apelação, o Tribunal de origem redimensionou a reprimenda para 3 anos de reclusão, mantendo os demais termos da sentença.

A impetrante sustenta que a imposição do regime mais gravoso foi fundamentada na gravidade abstrata do delito, considerando-se circunstâncias inerentes ao tipo penal. Afirma que a pena-base foi fixada no mínimo legal e que o regime inicial deve ser o aberto, conforme o art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

Em liminar, requer a impetrante que os pacientes aguardem o julgamento final deste *writ* no regime aberto (fls. 3/15).

Liminar deferida pelo Presidente deste Tribunal para *estabelecer, até o julgamento final deste writ, o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena* (fl. 81).

Informações prestadas às fls 85/138.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem *tão somente para que seja estabelecido o regime inicial semiaberto* (fl. 144).

É o relatório.

No caso, observa-se que estão preenchidos os requisitos para a concessão da liminar pleiteada. O Tribunal de origem fundamentou o regime mais gravoso da seguinte forma (fl. 39):

[...] Apesar da atenuação da reprimenda, o regime prisional fechado deve ser mantido para todos os Réus.

É certo que o delito de associação ao tráfico não é equiparado a hediondo pela lei, mas inegável que o indivíduo que participa ou se associa ao

narcotráfico, revela extrema periculosidade.

Também não pode ser desconsiderada a enorme quantidade de entorpecentes apreendidos, bem como a vultuosa movimentação financeira da mercancia ilícita.

[...]

Segundo a jurisprudência deste Tribunal, não se reconhece a hediondez do crime de associação criminosa, uma vez que não consta do rol taxativo dos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.072/1990 (HC n. 307.174/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 18/4/2016; e HC n. 429.672/SP, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 8/3/2018).

Este Superior Tribunal entende que, sendo a pena estabelecida em patamar inferior a 4 anos, a definição de regime penal mais gravoso exige concreta motivação, sendo insuficientes fundamentos referentes à gravidade abstrata do delito, à presença de majorantes ou aos genéricos efeitos sociais do crime.

A propósito, vejam-se os enunciados sumulares a seguir:

Súmula n. 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*”.

Súmula n. 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 n. 719 do STF: “*A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea*”.

No caso, apesar de fixar a pena-base no mínimo legal, o acórdão estabeleceu regime mais severo com base na gravidade abstrata do crime e na quantidade de entorpecentes apreendidos com os corréus – *92 kg de maconha e 35 tabletes de cocaína* –, o que torna certa a insuficiência de fundamentos para o recrudescimento do regime prisional.

Embora os pacientes sejam **primários**, a **pena-base tenha sido fixada no mínimo legal** e a pena total seja de 3 anos de reclusão, é suficiente e

adequada a fixação do regime inicial semiaberto, em razão da quantidade de drogas apreendida.

Erigida essa premissa, oportuna a manifestação da Subprocuradoria-Geral da República, no sentido da parcial concessão da ordem (fls. 142/144):

[...] No tocante ao regime inicial para resgate da sanção corporal, não se admite a imposição do modo fechado apenas com base na hediondez e na gravidade abstrata do delito, sem qualquer vinculação ao caso concreto e aos requisitos previstos no Código Penal.

Vale recordar a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça e a do Supremo Tribunal Federal quanto à inconstitucionalidade na obrigatoriedade do estabelecimento do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Entretanto, a Corte de origem também estabeleceu o modo mais gravoso para o resgate da sanção penal com base na quantidade e na natureza altamente lesiva das drogas apreendidas, conforme revela o fragmento a seguir destacado:

"Na terceira fase, ausentes causas de aumento e diminuição. Apesar da atenuação da reprimenda, o regime prisional fechado deve ser mantido para todos os Réus. E certo que o delito de associação ao tráfico não é equiparado a hediondo pela lei, mas inegável que o indivíduo que participa ou se associa ao narcotráfico, revela extrema periculosidade. Também não pode ser desconsiderada a enorme quantidade de entorpecentes apreendidos, bem como a vultuosa movimentação financeira da mercancia ilícita. Pelos mesmos motivos, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos" (fls. 39)

Muito embora esses fundamentos estejam revestidos de idoneidade, o quantum de pena corporal aplicado (03 anos de reclusão) autoriza o agravamento para o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, §§ 2º, "c", e 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, o Ministério Público Federal opina pela extinção do writ sem resolução de mérito, mas com a concessão parcial da ordem, de ofício, tão somente para que seja estabelecido o regime inicial semiaberto.

[...]

Não há violação dos preceitos processuais quando o magistrado adota os termos da manifestação ministerial *como razões de decidir* (RHC n. 31.266/RJ, Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Quinta Turma, DJe 18/4/2012).

Feitas essas considerações, verifico ilegalidade flagrante apta à concessão da ordem nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal.

Concedo parcialmente a ordem para, ao confirmar a decisão liminar (fls. 79/81), tão somente seja estabelecido o regime inicial semiaberto para início de cumprimento de pena dos pacientes, consoante os termos desta decisão.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 12 de fevereiro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator

