

HABEAS CORPUS Nº 487.559 - SP (2018/0347561-5)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : CLEBER DIAS MARTINS
ADVOGADO : CLEBER DIAS MARTINS - SP302451
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEX SANDER DE OLIVEIRA ABREU (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. QUANTUM INFERIOR A 4 ANOS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. Ordem concedida.

DECISÃO

Relatou o Ministro Presidente João Otávio de Noronha, ao deferir em parte a liminar (fl. 34):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial e com pedido liminar impetrado em favor Alex Sander de Oliveira Abreu, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O paciente foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão em regime inicial fechado pela prática do delito previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Interposta apelação pela defesa, 14ª Câmara Criminal do Tribunal *a quo* proferiu acórdão assim ementado:

Apelação. Crime de tráfico de drogas (art. 33, "caput", da Lei nº 11.343/06). Sentença condenatória. Recurso da defesa. 1. Quadro probatório suficiente a ensejar a condenação. Materialidade e autoria comprovadas. 2. Sanção que não comporta alteração. Recurso desprovido.

No presente *writ*, o impetrante sustenta que o paciente é réu primário e não possui maus antecedentes ou fatos desabonadores de sua conduta, sendo, portanto, inadequado o cumprimento inicial da pena em regime fechado, pois se enquadra no instituto do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n.11.343/2006).

Pleiteia a concessão de liminar para que o cumprimento da pena seja em regime inicial aberto, até o julgamento do mérito do *writ*, requerendo ainda a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

No mérito, pleiteia a confirmação da liminar.

Prestadas as informações (fls. 48/59), o Ministério Público Federal, em parecer exarado pela Subprocuradora-Geral da República Elizeta Maria de Paiva Ramos, manifestou-se *pela extinção do processo sem resolução de mérito, com concessão da ordem de ofício* (fls. 62/69).

É o relatório.

Assiste razão à impetrante.

Da atenta análise dos autos, observa-se que o magistrado de 1º grau fixou o regime inicial fechado de cumprimento da pena, com fundamento, apenas, na gravidade abstrata do crime, *litteris* (fl. 16):

D) REGIME INICIAL:

Muito embora a quantidade de pena, em análise perfunctória, autorize o início de pena em regime aberto (art.33, § 2º, “a”, do CP), é preciso salientar que se trata de delito de tráfico ilícito de entorpecentes, portanto, crime equiparado ao crime hediondo (art.5º. XLIII, da CF/88), e que a própria Carta Magna previu tratamento diferenciado; mais rigoroso em razão da nocividade desses delitos para o bem estar social.

Ademais, aquele que delibera praticar o tráfico de drogas demonstra maior insensibilidade com o próximo ante o potencial nocivo de sua conduta, fomentador de outros delitos e elemento destruidor de famílias. Assim, a personalidade e a conduta social da parte denunciada recomendam a fixação do regime fechado (art. 33, §3º, do CP).

Ocorre que o posicionamento hoje pacificado no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que se mostra inadmissível a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que aquele previsto para a sanção corporal aplicada, apenas com fundamento na gravidade abstrata do delito (Súmula 440/STJ) e na hediondez do delito.

Assim, considerando a fixação da pena-base no mínimo legal, o reconhecimento do tráfico privilegiado, o que torna a reprimenda definitiva imposta em 1 ano e 8 meses de reclusão, a quantidade não exorbitante da droga (76,92g de maconha – fl. 11) e a ausência de fundamentação para a imposição de regime inicial mais rigoroso, verifica-se que o sentenciado faz *jus* a iniciar o cumprimento da reprimenda imposta no regime inicial aberto, nos termos dos

arts. 33, § 2º, c, do Código Penal.

Pelos mesmos fundamentos, deve ser concedido ao réu o direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 33, § 2º, c, e art. 44, ambos do CP).

Ante o exposto, **concedo** a ordem de *habeas corpus* para fixar o regime prisional aberto para o início de cumprimento da pena, com a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos a serem estipuladas pelo Juízo da execução.

Intime-se o Ministério Público estadual

Publique-se.

Brasília, 18 de fevereiro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator