

HABEAS CORPUS Nº 491.336 - SP (2019/0028788-8)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : FELIPE NANINI NOGUEIRA
ADVOGADO : FELIPE NANINI NOGUEIRA - SP356679
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDILEI PEREIRA NUNES DOS SANTOS (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de EDILEI PEREIRA NUNES DOS SANTOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação n.º 0000202-83.2018.8.26.0571.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado às penas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, como incurso no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, e 1 (um) ano de detenção, em regime aberto, como incurso no art. 12 da Lei n.º 10.826/2003, porque trazia consigo e guardava 4,13g de cocaína, divididas em 20 porções, e 1,10g de *crack*, acondicionadas em 5 porções, e guardava, em sua residência, munição de arma de fogo de uso permitido.

Irresignada, a Defesa interpôs apelação, à qual a Corte de origem deu parcial provimento para modificar o regime inicial de cumprimento da pena para o semiaberto, nos termos da seguinte ementa (fl. 69):

"APELAÇÃO CRIMINAL - Tráfico de drogas e posse de munição de uso permitido no interior de residência - Materialidades e autoria devidamente comprovadas - Destinação da droga ao tráfico demonstrada - Condenações mantidas - Regime inicial fechado fixado ao tráfico de drogas - Modificação ao semiaberto - Liminar concedida pelo STJ no sentido de que o regime inicial aberto é o cabível - Insuficiente substituição da pena privativa de liberdade - Fuga, perseguição policial e resistência à prisão em flagrante - Recurso parcialmente provido."

Neste *writ*, o Impetrante sustenta que não houve fundamentação idônea para a fixação do regime inicial semiaberto.

Requer, liminarmente e no mérito, a fixação de regime inicial menos gravoso e a conversão da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

É o relatório.

Passo a decidir o pedido urgente.

A pretensão liminar deve ser deferida, em parte, por estarem configurados

a plausibilidade jurídica do pedido e o perigo da demora.

A sentença, quanto ao regime prisional, adotou a fundamentação a seguir transcrita (fls. 54-55, sem grifos no original):

*"DOSIMETRIA DA PENA. QUANTO AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES. Atento aos critérios estipulados no artigo 59 do Código Penal, **fixo a pena base no mínimo legal, a saber: CINCO ANOS DE RECLUSÃO e multa de QUINHENTOS DIAS MULTA, cada qual no seu mínimo legal. Não existem circunstâncias agravantes a serem consideradas**, restando presente uma atenuante decorrente da menoridade cuja apreciação resta prejudicada em face da fixação da base em seu mínimo. Inexistem causas de aumento de pena. **Presente uma causa de diminuição de pena, prevista no art. 33 parág. 4º da Lei 11.343/06, eis que o réu preenche os requisitos ali exigidos, diminuo em 2/3 a pena até agora calculada, chegando-se ao 'quantum' de UM ANO E OITO MESES DE RECLUSÃO e multa de CENTO E SESSENTA E SEIS DIAS MULTA.** Não havendo incidência de qualquer outro instituto penal a influenciar na quantificação da reprimenda torno TOTAL PARA ESSE DELITO A PENA DE UM ANO E OITO MESES DE RECLUSÃO e multa de CENTO E SESSENTA E SEIS DIAS MULTA, cada qual em seu patamar mínimo. [...] Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos por restarem não atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal; o regime de cumprimento fixado para o tráfico de entorpecentes, e a própria natureza do delito, que é móvel de grande parte de outros crimes cometidos para a manutenção do vício, impedem a concessão da benesse por restar desatendido o inciso III do dispositivo legal retro mencionado. Pelas mesmas razões, resta desatendido o inciso II do art. 77 do Código Penal, inviabilizando a suspensão condicional da pena. **Fixo, como regime inicial de cumprimento de pena para o tráfico de drogas, observadas as colocações feitas por ocasião da não substituição da pena privativa, o REGIME FECHADO, único que se mostra compatível com a gravidade do delito e sua potencialidade lesiva**".*

Por sua vez, o acórdão impugnado, deu parcial provimento ao apelo defensivo, apenas para fixar o regime inicial semiaberto, pelos seguintes fundamentos (fls. 72-73):

"Quanto ao regime inicial, de rigor a modificação ao aberto para o tráfico de drogas.

Isso porque a Min. Relatora do habeas corpus 451.765, impetrado junto ao STJ, concedeu liminar e fundamentou vislumbra 'manifesto constrangimento ilegal a ensejar o deferimento da medida de urgência em vista da fixação do regime fechado quanto ao delito de tráfico privilegiado a despeito do quantum da sanção imposta [...]'

Não obstante não se tenha modificado de pronto o regime

inicial, a fundamentação leva a tal conclusão, a qual, não dada neste momento, certamente o será em sede de julgamento do mérito.

Assim, nos termos do art. 33, § 2º, “c”, do CP, fixa-se regime inicial semiaberto.”

Como se vê, as instâncias ordinárias deixaram de aplicar entendimento fixado, em 27 de junho de 2012, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, quando a Corte declarou incidentalmente, por maioria, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90 (redação dada pela Lei n.º 11.464/2007) e afastou a obrigatoriedade apriorística de se fixar o regime inicial fechado para os condenados por tráfico. Confirma-se a ementa do julgado:

“Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice

*constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que '[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado'. **Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado**" (sem grifos no original.)*

Na ocasião, estabeleceu o Supremo Tribunal Federal que o § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/1990 vai de encontro ao princípio constitucional da individualização da pena, previsto no art. 5.º, inciso XLVI, da Constituição da República, porquanto cabe ao Magistrado particularizar a reprimenda do condenado, conforme as circunstâncias do caso concreto. No ponto, transcrevam-se os seguintes fundamentos do voto do Ministro Relator DIAS TOFFOLI, *in verbis*:

"No inciso XLIII do rol das garantias constitucionais – artigo 5º - afastam-se, tão somente, a fiança, a graça e a anistia, assegurando-se, em inciso posterior (XLVI), de forma abrangente, sem excepcionar essa ou aquela prática delituosa, a individualização da pena. No tocante ao tema, assinalo que, a partir do julgamento do HC nº 82.959/SP (Tribunal Pleno, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 1º/9/06), esta Corte Suprema passou a admitir a possibilidade de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, dada a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Tal possibilidade veio a ser acolhida posteriormente pela Lei nº 11.464/07, que modificou a Lei nº 8.072/90, positivando-se, desse modo, a possibilidade da mencionada progressão. Contudo, como já dito, essa lei estipulou que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados fosse, obrigatoriamente, cumprida inicialmente no regime fechado. Tal como já indagado no julgamento do HC nº 82.959/SP, tinha e tem o legislador ordinário poder para isso estabelecer? A minha resposta é negativa. Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, o qual foi modificado pela Lei nº 11.464/07."

Ressalte-se que a questão acerca do regime prisional ora discutida tem sido apreciada repetidas vezes pelo Superior Tribunal de Justiça, o que culminou na edição da Súmula n.º 440, segundo a qual, *"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, têm sido os reiterados julgados do Supremo Tribunal Federal, cuja jurisprudência está espelhada nos Verbetes Sumulares n.ºs 718 e 719,

respectivamente, *in verbis*:

"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."

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

Assim, observada a quantidade de pena, bem como a fixação da pena-base no mínimo legal e a primariedade do Paciente, em atenção ao disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal, entendendo cabível, nesta etapa de cognição sumária, a fixação liminar do regime aberto.

No mais, em virtude do deferimento do regime inicial aberto, cujas condições, a depender, podem ser iguais ou mais benéficas que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a análise da pretendida conversão da pena deverá ser realizada por ocasião do julgamento do mérito do *writ*.

Ante o exposto, DEFIRO PARCIALMENTE o pedido liminar para determinar, até o julgamento definitivo deste *writ*, a fixação do regime aberto como o inicial para o cumprimento da pena imposta ao Paciente, com as condições a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais.

Oficie-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao Juízo de primeiro grau, encaminhando-lhes cópia desta decisão.

Requisitem-se informações ao Tribunal de origem.

Após, remetam-se os autos ao Ministério Público Federal para o parecer.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora