HABEAS CORPUS Nº 501.573 - SP (2019/0089986-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO ANNA CECILIA SILVA FERREIRA DE OLIVEIRA - SP259961
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	LUCAS CIRILO PEDROSO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LUCAS CIRILO PEDROSO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0021031-64.2015.8.26.0224 e dos embargos declaratórios opostos.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, pelo Juízo de 1º grau, às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 580 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c/c art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 13/24).

Inconformada, a defesa apelou e o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso (fls. 25/41), por acórdão assim ementado:

> *Tráfico de entorpecentes Recurso defensivo visando a absolvição do sentenciado por insuficiência probatória ou, subsidiariamente, a redução das reprimendas a ele impostas (mediante o afastamento da majorante do inciso VI do artigo 40 e aplicação da minorante do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06), a fixação de regime inicial mais brando para a pena corporal e substituição desta pena por restritivas de direitos Recurso desprovido.*

Os embargos declaratórios opostos pela defesa foram rejeitados (fls. 46/58).

No presente *mandamus* (fls. 3/10), a impetrante sustenta que o Tribunal *a quo* causou constrangimento ilegal ao paciente, pois verifica-se que, quanto ao afastamento do redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.

11.343/2006, *em recurso apenas da defesa, houve o acréscimo de circunstâncias (dedicação a atividades criminosas e quantidade exacerbada de drogas), em verdadeiro prejuízo ao defendido, ao arrepio, ainda, da ampla defesa e do contraditório substancial.* Argumenta, ademais, que *o juízo de primeiro grau expressamente manifestou-se sobre a quantidade de drogas entendendo-a normal à espécie* (fls. 5/6). Aponta, assim, que deve ser aplicado o referido redutor em sua fração máxima, por estarem presentes todos os requisitos para a concessão do benefício.

Aduz, ainda, que o paciente faz jus ao regime inicial mais brando, aplicando-se ao caso o disposto nos enunciados 440 da Súmula desta Corte e 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Ao final, liminarmente e no mérito, requer a aplicação do redutor de pena, previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração máxima, a fixação de regime inicial aberto ou semiaberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

É o relatório. **Decido**.

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

Na espécie, verifico presente constrangimento ilegal apto a justificar o deferimento da medida de urgência.

Com efeito, examinando os autos, verifica-se que, após fixada a pena-base no mínimo legal, a pena definitiva resultou 5 anos e 10 meses de reclusão, e 580 dias-multa, pela incidência do disposto no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006. Entretanto, não obstante o *quantum* da condenação, a primariedade do réu e as circunstâncias judiciais favoráveis, tanto que a pena-base foi estipulada no mínimo legal, o regime inicial fechado foi fixado com base nos seguintes fundamentos:

O regime inicial de cumprimento de pena será o fechado, para os três condenados, nos termos do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8072/90 (sentença - fl. 23).

No que respeita ao regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, de rigor a manutenção do regime inicial fechado.

É fato que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840, relatado pelo Ministro DIAS TOFFOLI, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da "obrigatoriedade da fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado" 3 , enunciada no § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990 (redação dada pela Lei nº 11.464/2007).

Sem embargo, como ficou expressamente ressalvado nessa decisão, a Suprema Corte brasileira não afastou como, smj., não poderia mesmo afastar 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".

Tanto é assim que os insignes Ministros do STF (inclusive o Ministro DIAS TOFFOLI, como demonstrado abaixo) têm repetidamente afirmado que a inconstitucionalidade declarada apenas impede a fixação do regime inicial fechado como consequência exclusiva da equiparação do delito de tráfico de entorpecentes aos crimes hediondos, não obstando a fixação desse regime quando decorrente da ponderação, pelo juiz, dos elementos dispostos no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

[...]

Mas também se observa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal uma tendência a ponderar-se os aspectos de ordem objetiva na quantificação das penas e fixação do regime de cumprimento adequados ao condenado por tráfico, notadamente a quantidade e natureza da substância apreendida, uma vez que tais aspectos denotam uma maior afetação do bem jurídico tutelado: a saúde pública.

[...]

Não se pode desprezar, ainda, que a sobredita decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, acerca da constitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, proclamada incidentalmente e, portanto, sem efeito erga omnes ,

> *cede espaço a que siga a jurisprudência dos demais tribunais brasileiros sustentando opinião diversa quanto à constitucionalidade do citado dispositivo.*
>
> *[...]*
>
> *No caso em apreço, revelando o quadro probatório que o acusado dedicava-se ao tráfico de significativa quantidade de maconha e cocaína, era natural que a conclusão quanto ao regime apropriado a fase inicial de cumprimento da pena corporal fosse no sentido do fechado. A proposta de reprimir a conduta por ele praticada via dos regimes mais brandos certamente seria naturalmente entendida como resposta estatal excessivamente amena, contribuindo à criação de um ambiente de impunidade - entendido como o sentimento coletivo de que a atividade persecutória penal se limita a um mero embate intelectual de argumentos jurídicos, sem qualquer resultado prático ou repercussão social - , que fomenta a reincidência* (acórdão - fls. 33/36).

Como é cediço, em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexiste a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal.

No caso, o regime fechado, mais severo do que a pena comporta, foi fixado sem fundamentação idônea, em evidente afronta ao art. 93, inciso IX, da Constituição da República e às Súmulas 718 e 719/STF, respectivamente:

> *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.*

Isso porque verifica-se que foram apreendidos 50,44 gramas de maconha e 11,54 gramas cocaína (sentença - fl. 21 e acórdão proferido no julgamento dos embargos declaratórios - fl. 52), quantidade de entorpecente que não apresenta elevada gravidade concreta, a ponto de justificar a fixação

de regime inicial fechado.

Portanto, na espécie, tendo em vista a quantidade da pena imposta, a primariedade e as circunstâncias judiciais favoráveis, bem como a ausência de indicação da eventual gravidade concreta da conduta, deve ser conferido ao paciente o regime semiaberto, a teor do disposto nos arts. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, **defiro a liminar** em parte, apenas para assegurar ao paciente o direito de aguardar no regime semiaberto o julgamento do presente *habeas corpus*, salvo se por outro motivo estiver preso ou cumprindo pena.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal impetrado e ao Juízo de primeiro grau, solicitando-lhes informações.

Oportunamente, dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 1º de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator