HABEAS CORPUS Nº 488.880 - SP (2019/0007692-0)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	FRANCISCO BALDY ANTONIO MACIEL
ADVOGADO	:	FRANCISCO BALDY ANTONIO MACIEL - SP351551
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	SILAS LUIZ FONTANEZI (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. COCAÍNA (95,3G), PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL E MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006 NA FRAÇÃO MÁXIMA. REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de SILAS LUIZ FONTANEZI contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação n.º 0001236-14.2017.8.26.0544.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no piso mínimo, por infração ao artigo 33, § 4°, da Lei n° 11.343/2006.

Em apelação, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso da Defesa para reduzir as penas para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, mantendo, no mais, a sentença recorrida.

Alega a Defensoria Pública Impetrante, em suma, que o Paciente sofre constrangimento ilegal decorrente da fixação de regime fechado com base, unicamente, na gravidade abstrata do delito, o que viola o art. 33, § 2º, *c*, do Código Penal e as Súmulas n.º 718 e 719 do STF, uma vez que a pena foi fixada abaixo de 4 anos.

Pleiteia, liminarmente e no mérito, seja fixado o regime inicial aberto.

O pedido liminar foi deferido pela Presidência do Superior Tribunal de Justiça, durante o recesso forense, nos termos da decisão de fls. 33-35.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 38-43 e 49-59, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem,

confirmando a liminar deferida (fls. 62-67).

É o relatório. Decido.

O Juízo de primeiro grau, apesar de fixar a pena-base no mínimo legal, reconhecer a primariedade do Paciente e aplicar a minorante do § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, fixou o regime inicial fechado aduzindo (fl. 54):

> *"Para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, fixo o regime inicial fechado, nos termos do artigo 2º. §1°, da Lei 8.072/90, tendo em vista que pelo caso concreto regime prisional diferente seria insuficiente para a adequada resposta penal, uma vez que a parte acusada demonstrou a afronta e o desrespeito à lei."*

O acórdão impugnado deu provimento ao apelo defensivo para aplicar a minorante no patamar máximo, contudo, manteve o regime mais gravoso com a seguinte fundamentação (fl. 21):

> *"[...] no tocante às penas, impõe-se acolher parcialmente o recurso, para conceder ao apelante, por conta da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, a aplicação do percentual máximo de redução da pena (2/3) e não a metade, calcada em fundamentação inidônea.*
>
> *Assim, adotando-se o redutor máximo de dois terços, as penas definitivas do recorrente são reduzidas para um ano e oito meses de reclusão e cento e sessenta e seis dias-multa.*
>
> *Por fim, em que pese a redução das reprimendas, inacolhíveis os pedidos de alteração do regime prisional estabelecido e de substituição da pena privativa de liberdade, por penas restritivas de direito Note-se que o recorrente trazia consigo, para fins de tráfico, diversas porções de cocaína, substância nociva e de alto poder viciante, de sorte que a gravidade concreta do delito, equiparado ao hediondo e que vem causando grande intranquilidade à população ordeira, revela-se totalmente incompatível com regimes menos gravosos."*

Cumpre ressaltar que, em 27/06/2012, o Tribunal Pleno da Suprema Corte, no julgamento do HC n.º 111.840/ES, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, 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 de se fixar o regime inicial fechado para os condenados por tráfico ilícito de drogas.

Assim, independentemente do caráter hediondo do crime, deve o julgador, ao fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Na hipótese, verifica-se que o Réu é primário, a pena-base foi fixada no

mínimo legal e a pena definitiva foi estabelecida em *quantum* inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, ou seja, em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão (fl. 21). Assim, considerando a pena definitivamente fixada, as circunstâncias judiciais favoráveis e a não expressiva quantidade de droga apreendida (95,3g de cocaína), o regime inicial de cumprimento de pena deve ser o **aberto**. Com igual conclusão, cito precedente:

> "HABEAS CORPUS. *REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. SÚMULA N.º 719 DO STF.*
>
> *1. Fixada a pena em seu mínimo legal, inferior a 4 (quatro) anos, não sendo caso de reincidência, e não havendo circunstância judicial desfavorável, tal como reconheceu o acórdão impugnado, não há falar em adoção do regime inicial semiaberto,* ***se o próprio paradigma legal permite a adoção do regime inicial aberto*** *(art. 33, § 2º, c e § 3º c/c art. 59, CP).*
>
> *2. Incidência da Súmula nº 719 do STF: '*A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*'*
>
> *3. Ordem concedida.*
>
> *4. Extensão da ordem, de ofício, ao corréu."* (STF, HC 83.613/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, DJ de 30/04/2004; sem grifos no original.)

Ante o exposto, CONCEDO a ordem de *habeas corpus* para fixar o regime aberto para o inicial cumprimento da reprimenda.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 1º de abril de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora