HABEAS CORPUS Nº 497.531 - SP (2019/0067407-2)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	GRAZIELA MARIA CANCIAN
ADVOGADO	:	GRAZIELA MARIA CANCIAN - SP229460
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	BRUNO HENRIQUE DOS SANTOS DA SILVA (PRESO)

EMENTA

> *HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE. REPRIMENDA INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ILEGALIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. ADEQUAÇÃO AO ART. 33, §§ 2.º E 3.º, C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS N.os 440/STJ, 718/STF E 719/STF. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. POSSIBILIDADE. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de BRUNO HENRIQUE DOS SANTOS DA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação n.º 0000753-89.2018.8.26.0530.

Extrai-se dos autos que o Paciente foi preso em flagrante, em 25/04/2018, com posterior conversão em preventiva, pois surpreendido com 11 invólucros de plástico contendo cocaína (peso de 14,18g – quatorze gramas e dezoito decigramas), e com 21 invólucros de plástico contendo maconha (peso de 43,01g – quarenta e três gramas e um decigrama; fl. 33).

Posteriormente, em 20/08/2018, o Paciente foi condenado, em primeiro grau, como incurso no art. 33, *caput*, e § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, às penas de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo legal (fls. 170-177).

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual a Corte de origem negou provimento, nos termos da seguinte ementa (fl. 208):

> "*TRÁFICO DE ENTORPECENTES. Apelo do réu. Autoria e materialidade do crime não contestadas. Relatos policiais dignos de credibilidade. Réu que, em juízo, admitiu ser o dono de parte das drogas*

> *apreendidas, confessando a torpe mercancia. Condenação mantida. Penas inalteradas. Básicas fixadas nos pisos legais, o que se manteve na segunda etapa, a despeito do reconhecimento das atenuantes da confissão e da menoridade relativa (Súmula nº 231, do STJ). Por fim, redução de um terço, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, mantida. Inviável a mitigação máxima dos castigos, como postulado. Regime fechado necessário. Apelo improvido, com determinação.*"

Neste *writ*, a parte Impetrante sustenta que o regime inicial fechado foi fixado apenas com base na gravidade abstrata do crime de tráfico de drogas, em afronta, assim, aos enunciados das Súmulas n.os 444/STJ e 718/STF e 719/STF.

Sustenta que, na sentença, as circunstâncias judiciais foram consideradas totalmente favoráveis, que a quantidade de entorpecentes apreendida é ínfima, e ainda foi aplicada a causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, motivo pelo qual imperioso se faz a determinação de regime menos gravoso para o início da reprimenda imposta ao Condenado (fl. 2).

Requer, liminarmente e no mérito, a aplicação de regime inicial menos gravoso ao Paciente (fl. 10).

O pedido liminar foi por mim deferido, às fls. 242-247.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 252-255 e fls. 258-270.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 272-277, opinando pela concessão da ordem, de ofício, para que seja determinada a transferência do Paciente ao regime semiaberto.

É o relatório. Decido.

A pretensão da Impetrante merece prosperar.

A sentença primeva, no que tange ao regime prisional, adotou a fundamentação a seguir transcrita (fl. 175; sem grifos no original):

> "***Fixo o regime inicial fechado para cumprimento de pena, por se tratar de crime equiparado a hediondo****, sendo totalmente incompatível com o sistema mais rigoroso previsto nesta lei e na própria lei antitóxicos a substituição por penas restritivas de direitos ou a concessão de quaisquer outros benefícios.*"

Por sua vez, o acórdão impugnado, quanto à manutenção do regime inicial fechado, manifestou-se nos seguintes termos (fl. 210; sem grifos no original):

> "***Por fim, o regime prisional já foi fixado pela sentença para o inicial fechado, de acordo com a Lei nº 11.464/07****, e é imodificável,*

sendo o mais adequado à hipótese em foco para a reprovação e prevenção do delito, ***valendo repetir que, além de maconha, o réu também comercializava cocaína, substância extremamente nociva à saúde pública***."

Como se vê, o Juízo sentenciante deixou 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. Confira-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 8.072/90 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*."

Por sua vez, o Tribunal de origem manteve o regime prisional fechado com base em fundamento que considero inidôneo, lastreado na gravidade *in abstrato* e nas elementares do delito, pois ressaltou apenas que "*além de maconha, o réu também comercializava cocaína, substância extremamente nociva à saúde pública*" (fl. 210).

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, no caso, considerando que a reprimenda resultou no montante de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a pena-base foi fixada no mínimo legal, que o Paciente é primário e a quantidade de drogas apreendida não pode ser considerada expressiva, em atenção ao disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal, entendo cabível o regime inicial aberto.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes:

> "HABEAS CORPUS. *TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ART. 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/2006. APREENSÃO DE QUANTIDADE NÃO EXACERBADA DE DROGAS . PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4.º, DO ART. 33, DA LEI N.º 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REQUISITOS PREENCHIDOS. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA MINORANTE NA FRAÇÃO DE 3/5 (TRÊS QUINTOS). FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO. ORDEM DE* HABEAS CORPUS *PARCIALMENTE CONCEDIDA.*
>
> *1. Fixada a pena-base no mínimo legal e apreendida quantidade não exacerbada de droga (15,9g de cocaína e 134,5g de maconha), legítima é a aplicação da minorante (art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006), uma vez que a fundamentação utilizada pelas instâncias ordinárias para afastar a sua incidência é abstrata e genérica, bem como exigiu a presença de requisitos não previstos em lei como, por exemplo, a frequência escolar ou o exercício de atividade remunerada lícita.*
>
> *2. Inviável o estabelecimento da fração máxima diante da variedade e natureza das drogas apreendidas, mas mostra-se suficiente a aplicação da fração intermediária de 3/5 (três quintos).*
>
> *3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.*
>
> *4.* ***Situação concreta em que, embora praticado o crime de***

tráfico de drogas em concurso material com o de corrupção ativa, a pena final total é de 4 (quatro) anos de reclusão, sendo possível a fixação do regime aberto, diante da ausência de circunstâncias judiciais negativas e da quantidade de drogas apreendidas.

5. Ordem de habeas corpus *parcialmente concedida para reduzir a pena do Paciente, quanto ao crime de tráfico de drogas, para 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, além do pagamento de 200 (duzentos) dias-multa no mínimo legal, devendo o juiz da execução verificar a presença dos requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.*" (HC 460.852/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 12/12/2018; sem grifos no original.)

"*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. RÉUS PRIMÁRIOS. PENAS-BASE FIXADAS NO MÍNIMO LEGAL. PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE.*

I - Fixado o regime fechado com base na gravidade abstrata do delito, em evidente afronta ao art. 93, inciso IX, da Constituição da República e às Súmulas n. 440/STJ, 718 e 719/STF, impõe-se o seu abrandamento.

*II - **No caso, a pena-base foi fixada no mínimo legal, por serem favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, e é ínfima a quantidade de entorpecente apreendida - 29,8 g de cocaína e 1,3g de crack -, autorizando o estabelecimento do regime prisional para aberto.***

III - Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 1431656/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe de 20/03/2019; sem grifos no original.)

Ante o exposto, CONCEDO a ordem de *habeas corpus*, confirmando a liminar, a fim de fixar o **regime inicial aberto** para o cumprimento da reprimenda imposta ao Paciente, devendo o Juiz das Execuções Criminais verificar a presença dos requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Comunique-se ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao Juízo das Execuções Criminais.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora