HABEAS CORPUS Nº 488.693 - SP (2019/0006152-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO FELIPE AUGUSTO PERES PENTEADO - SP0273113
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	GERALDO FRANCISCO DE SOUSA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de GERALDO FRANCISCO DE SOUSA, em face de acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, assim ementado (fl. 43):

> Tráfico de drogas Prisão em flagrante Apreensão de 76 porções de cocaína Testemunha afirmando que comprava droga dos acusados Palavra dos policiais seguras e coerentes Responsabilidade de ambos bem demonstrada Condenação do corréu também decretada Qualificadora de proximidade com estabelecimento de ensino mal comprovada Regime fechado Cabimento Substituição da pena por restritiva de direitos Impossibilidade Recursos da Defesa e do Ministério Público parcialmente providos.

Consta dos autos que o paciente foi condenado às penas de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, além de 194 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Interposto recurso de apelação pela Defesa, o Tribunal de origem redimensionou as penas para 1 ano e 8 meses e 166 dias-multa, mantidos os demais termos da sentença.

No presente *writ*, alega a Defensoria Pública que o paciente sofre constrangimento ilegal decorrente da fixação de regime fechado com base na gravidade abstrata do delito, violando o art. 33, § 2º, *c*, do Código Penal, e as Súmulas n. 440 do STJ e 718 do STF, uma vez que a pena foi fixada abaixo de 4 anos. Salienta a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, declarada pelo Supremo Tribunal Federal.

Requer, em liminar, que o paciente aguarde em liberdade o julgamento final deste *writ*. No mérito, postula a concessão da ordem para que seja alterado o regime inicial para o aberto.

O pedido de liminar foi indeferido, porém, de ofício, foi concedida a ordem para estabelecer, até o julgamento final deste *writ*, o regime aberto para o início do cumprimento da pena (fls. 57/60).

As informações foram prestadas às fls. 64/132 e 135/147.

O Ministério Público Federal ofertou parecer, às fls. 150/152, pela

concessão da ordem de ofício.

É o relatório.

DECIDO.

Consoante relatado, busca a impetrante o estabelecimento do regime inicial aberto.

Acerca da questão, assim decidiram as instâncias ordinárias:

Sentença (fls. 24/25, com destaques)

> E, por fim, verificadas as condições necessárias para aplicação da causa de diminuição prevista no parágrafo 4º do artigo 33, reduzo a pena anteriormente fixada no quantum de 2/3, totalizando um ano, onze meses e dez dias de reclusão, e a pecuniária de cento e noventa e quatro dias-multa, que será a pena definitiva ante a inexistência de outras circunstâncias a serem consideradas.
> **Dada a natureza do crime, equiparado constitucionalmente aos hediondos, e a quantidade de pena aplicada, bem como considerada a disseminação do tráfico neste País pela leniência das leis e das Autoridades, e sendo necessário o efetivo combate a tão grave conduta, pelo alastramento do vício e destruição de famílias e vidas desde tenra idade, entendo que o único regime adequado e suficiente para início de cumprimento da pena, nos moldes do artigo 33 e parágrafos do Código Penal, é o fechado.**
>
> Acórdão (fls. 48/49, com destaques)
> Na terceira fase, foi reconhecido o redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos em seu patamar máximo para Geraldo, de maneira que Sebastião, que está na mesma situação, terá o mesmo benefício e a pena de ambos fica em 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias- multa, de valor unitário mínimo.
> **Cumpre considerar que o tráfico de drogas causa indiscutível abalo à ordem pública, na medida em que o traficante consegue atingir um número elevado de pessoas, que acabam se envolvendo em outros delitos. Por isso, de rigor a segregação do agente por mais tempo no regime fechado, onde poderá demonstrar aptidão e preparo para voltar a conviver em sociedade, sem desconsiderar, de qualquer forma, que foi declarado inconstitucional a obrigatoriedade desse regime.**

Nota-se que foram utilizadas fundamentos relacionados à hediondez do delito e à gravidade abstrata do delito para fixação do regime inicial mais gravoso ao paciente, condenado à pena de 1 ano e 8 meses e 166 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput* e §4º, da Lei 11.343/2006.

Sobre o tema, o Tribunal Pleno da Corte Suprema, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. 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 11.464/07), e afastou a obrigatoriedade apriorística de se fixar o regime inicial fechado para os condenados por tráfico.

Além disso, a Terceira Seção deste Superior Tribunal, não obstante a ausência de efeito vinculante nem eficácia *erga omnes* nos julgamentos proferidos pela Corte Suprema em *Habeas Corpus*, ainda que por seu Órgão Pleno, acolheu a tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, firmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 118.533/MS, com o fim de observar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, bem como de evitar a prolação de decisões contraditórias nas instâncias ordinárias e também no âmbito deste Tribunal Superior de Justiça (Pet 11.796/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/11/2016, DJe 29/11/2016).

O §3º do art. 33 do CP, por sua vez, estabelece que a *determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.* Ou seja, exige-se fundamentação concreta para a fixação de regime inicial mais gravoso do que a pena aplicada permite, nos termos do disposto das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF, respectivamente:

> *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.*
>
> *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.*

Sendo assim, nos termos já adiantados em sede do pedido liminar, não se justifica a fixação do regime inicial fechado a réu primário, condenado à pena inferior a 4 anos, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, fazendo jus o paciente ao regime **aberto**, em atenção ao disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para determinar o regime aberto para início do cumprimento da pena.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 15 de abril de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator