

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 533.644 - SP (2019/0276819-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RICARDO LOURENCO DIAS FERRO - SP232689
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELLINGTON VICENTE DE SOUZA AGATI (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90. ADEQUAÇÃO AO PRECEITO CONTIDO NO ART. 33 C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. REGIME INICIAL SEMIABERTO. CABIMENTO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de WELLINGTON VICENTE DE SOUZA AGATI contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação Criminal n.º 0031964-70.2015.8.26.0071.

Extraí-se dos autos que o Paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, como incurso no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006, às penas de 5 (cinco) ano e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, pois surpreendido com "22 porções de maconha, com peso líquido total de 78,12 gramas, e 54 porções de cocaína, com peso líquido total de 38,64 gramas" (fl. 25).

Irresignados, o Réu e o Ministério Público interpuseram apelação, tendo a Corte de origem negado provimento ao recurso defensivo e dado parcial provimento ao recurso da Acusação para alterar o regime inicial para o fechado (fls. 56-63).

Neste *writ*, a parte Impetrante alega, em síntese, que o regime inicial fechado foi fixado apenas com base na gravidade abstrata do crime de tráfico de drogas e no fato de ser equiparado a hediondo, em afronta, assim, ao entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/1990 e

Superior Tribunal de Justiça

aos enunciados das Súmulas n.ºs 440/STJ, 718/STF e 719/STF.

Requer, liminarmente e no mérito, a fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao Paciente.

Deferi a liminar às fls. 67-70, para determinar a transferência do Paciente para o regime semiaberto, até julgamento deste *habeas corpus*.

As informações foram dispensadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela manutenção do acórdão impugnado, com a cassação da liminar deferida (fls. 78-82).

É o relatório. Decido.

A pretensão meritória também deve ser acolhida.

No caso, na parte que interessa, consta a seguinte fundamentação no acórdão impugnado (fls. 60-61; sem grifos no original):

"Passa-se à análise da pena imposta.

A pena-base foi devidamente fixada no piso, de 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Aqui, não assiste razão ao Parquet ao pugnar pela majoração da pena em razão da birreincidência do acusado e por ter praticado o tráfico dentro do presídio.

A recidiva foi considerada na segunda etapa da dosimetria penal, e o local da conduta incorre na aplicação da causa de aumento de pena do art. 40, III, da Lei Antidrogas, sendo vedada a aplicação em diversas fases da dosimetria, sob pena de incorrer em bis in idem.

Na segunda fase, presentes a atenuante da confissão e a agravante da reincidência, que foram compensadas integralmente.

Aqui, tem-se que esta Relatoria adota o posicionamento de que, nos casos de incidência de uma agravante e uma atenuante, de rigor a majoração em 1/12 (um doze avos). Porém, em respeito à vedação à reformatio in pejus, mantenho a reprimenda.

Na terceira etapa, não é possível a aplicação do redutor do artigo 33, §4º, da Lei Antidrogas, tendo em vista a reincidência do réu, havendo vedação legal expressa.

Ainda nessa fase, corretamente majorada a reprimenda em 1/6, tendo em vista ser o caso de manutenção da causa de aumento do art. 40, inciso III, posto que o crime se deu dentro de estabelecimento prisional.

O simples fato de o crime ser praticado no presídio já é motivo suficiente para a aplicação do dispositivo mencionado, tendo em vista que a lei não coloca como necessária a intenção de o traficante pretender atingir com sua venda de entorpecentes os frequentadores do local.

Para que tal causa incida, basta que a comercialização tenha se dado nas proximidades dos locais elencados, o que ocorreu no caso em tela, conforme bem ressaltado na r. sentença combatida, devendo ser mantido o aumento.

Superior Tribunal de Justiça

É inviável que o regime prisional inicial seja diverso do fechado, em razão da existência de expressa proibição legal (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90), vedação esta que não se mostra maculada de inconstitucionalidade, considerando que a CF preconizou tratamento mais rigoroso aos crimes hediondos ou a eles equiparados (art. 5º, inciso XLIII).

Tal tratamento mais severo corresponde à eficiente medida político-criminal, que visa a harmonizar a legislação pátria aos tratados internacionais, relacionados ao combate à traficância, dos quais o país é signatário.

Ademais, é certo que a traficância ilícita fomenta a prática de outros delitos, o que faz com que a conduta do réu mereça maior reprovabilidade por parte do Estado. Fica patente, portanto, que o regime fechado é o único que se mostra apto para atingir a função preventiva da pena, de inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do art. 33, § 3º, do CP."

Como se sabe, 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. Sobre o tema, destaco o seguinte precedente:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTO INIDÔNEO E ABSTRATO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. CONDENAÇÃO INFERIOR A 8 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A previsão legal que determinava a aplicação do regime fechado como inicial para o cumprimento da pena reclusiva foi declarada inconstitucional, pelo Plenário do STF no julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. DIAS TOFFOLI), sendo, a partir de então, afastada a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, tendo lá ficado consignado que as regras do art. 33 do CP deveriam ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados.

2. Inadmissível a utilização da quantidade da droga apreendida quando não relevante 57,6 gramas de maconha e 46,2 gramas de cocaína, bem como de fundamentação abstrata a justificar a imposição do regime mais gravoso, pois, nos termos do § 3º do art. 33 do CP, a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 do Código. Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

Superior Tribunal de Justiça

3. *Agravo regimental improvido.*" (AgRg no HC 397.009/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018; sem grifos no original.)

Dessa forma, verifico que a Corte local não considerou a reincidência do Paciente e estabeleceu regime inicial fechado exclusivamente com base no § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/1990 declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, e na gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas – **fundamentação inidônea** e que não pode justificar a fixação do modo carcerário inicial mais gravoso.

Assim, por ser a pena imposta menor de 8 anos – 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão –, e em razão da **fundamentação inconstitucional** para a imposição do regime fechado, verifico a possibilidade do cumprimento da pena do Paciente no regime inicial semiaberto.

Ante o exposto, **CONCEDO** a ordem de *habeas corpus* para ratificar a decisão liminar em que estabeleci o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada ao Paciente.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de outubro de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora