

**HABEAS CORPUS Nº 526.022 - SP (2019/0233938-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
FABIO MANTOVAN DOS SANTOS - SP263297  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : TIAGO WEBERTH SOARES GONCALVES  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de Tiago Weberth Soares Gonçalves, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu provimento ao apelo ministerial para estabelecer o regime fechado para cumprimento da sanção imposta ao réu.

Alega o impetrante, em síntese, que houve a fixação de regime fechado sem fundamento idôneo, uma vez que o paciente é primário, as circunstâncias judiciais são favoráveis e a pena-base foi aplicada no patamar mínimo legal.

Requer, liminarmente e no mérito, a fixação de regime aberto com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou, ao menos, seja aplicado o regime semiaberto.

Deferida a liminar e, prestadas as informações, manifestou-se o Ministério Público Federal pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.

DECIDO.

Conforme relatado, alega o impetrante, em síntese, que houve a fixação de regime fechado sem fundamento idôneo, uma vez que o paciente é primário, as circunstâncias judiciais são favoráveis e a pena-base foi aplicada no patamar mínimo legal.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, como incurso no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, à pena de 2 anos, em regime aberto, e ao pagamento de 200 dias-multa.

Interposta apelação ministerial, o Tribunal *a quo* deu provimento ao recurso nos seguintes termos:

Consta da incoativa que, na data e local indicados na denúncia, o réu, ora apelado, vendeu, expôs à venda, ofereceu, tinha em depósito e trazia consigo drogas, para fins de tráfico, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Segundo apurado, policiais militares, em verificação à denúncia anônima, foram até o local dos fatos e entraram em um viela onde avistaram o acusado, em atitude suspeita, razão pela qual decidiram

abordá-lo. Contudo, ao perceber a aproximação dos policiais, o réu saiu correndo, momento em que jogou uma "nécessaire" que trazia consigo não chão. Em seguida, os milicianos conseguiram deter o acusado e, durante a revista pessoal, encontraram a quantia de R\$ 162,30 em seu bolso direito e, dentro da "nécessaire", encontraram 34 trouxinhas de "maconha", 77 "ependorfs" com "cocaína" e 106 "ependorfs" contendo "crack". Tiago foi preso e autuado em flagrante e as substâncias foram apreendidas e periciadas onde se constatou tratar de 52,2 gramas de "maconha", 17,9 gramas de "cocaína" e 12,1 gramas de "crack", que são substâncias entorpecentes e que provocam dependência física e psíquica.

A autoria e materialidade delitiva não foram objeto de insurgência, e restaram, de fato, demonstradas consoante conjunto probatório amealhado.

A insurgência versa tão somente quanto a fixação de regime prisional diverso do fechado, ao que assiste razão à impugnação ministerial.

A insurgência versa tão somente quanto a fixação de regime prisional diverso do fechado, ao que assiste razão à impugnação ministerial.

Atendendo aos critérios norteadores do artigo 59 do Código Penal, fixou-se a básica no patamar mínimo legal, mantendo-se o mesmo nível na segunda fase, visto que o reconhecimento das circunstâncias atenuantes da confissão espontânea e menoridade relativa não têm o condão de conduzir a reprimenda aquém do mínimo legal nesta fase da individualização, a teor da Súmula nº 231, do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Este é o entendimento desta Turma Julgadora, não havendo qualquer ofensa aos princípios da isonomia ou da legalidade.

Na terceira fase, procedeu-se à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, reduzindo-se a reprimenda na fração de 3/5 (três quintos).

Importa anotar que o § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, criou uma mera causa especial de diminuição de pena, sendo certo que tal privilégio não altera a tipicidade do crime, que continua legalmente equiparado a hediondo.

(...)

**Destarte, tratando-se de delito equiparado a hediondo, cometido a partir da vigência da Lei nº 11.464/07, o regime inicial fechado é o único possível ao crime de tráfico, a teor do que estabelece o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.**

**Não se desconhece que, em recente julgado, o Plenário do Supremo declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da exigência do regime inicial fechado para crimes hediondos e equiparados. Entretanto, por tratar-se de decisão de caráter incidental, não possui efeito vinculante ou erga omnes, limitando-se, portanto, ao caso concreto.**

**De mais a mais, no caso em exame, a inviabilidade da fixação de regime prisional menos gravoso é reforçada no fato de que o réu foi surpreendido com considerável quantidade e variedade de drogas ("maconha", "cocaína" e "crack"), substâncias cuja natureza representa alto grau de nocividade e potencialidade lesiva, revelando acentuada**

**culpabilidade.**

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO AO APELO MINISTERIAL, para estabelecer o regime inicial fechado para cumprimento da sanção imposta ao réu, mantendo-se, no mais, a r. sentença guerreada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Conforme se observa no trecho acima transcrito, a fixação do regime fechado, mais gravoso, foi motivada na hediondez do crime de tráfico de drogas e na quantidade e diversidade de drogas apreendidas – 52,2 gramas de "maconha", 17,9 gramas de "cocaína" e 12,1 gramas de "crack".

Ressalte-se que, além da inidoneidade do fundamento relativo à hediondez do crime, em razão da declaração de inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal, do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, na redação dada pela Lei n. 11.464/2007, a quantidade e a diversidade de drogas apreendidas não se mostra relevante a ponto de autorizar o estabelecimento do regime fechado. A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. AFASTAMENTO DA MINORANTE DO TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. APREENSÃO DE NÃO RELEVANTE QUANTIDADE DE DROGA. TRANSCURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL ENTRE OS MARCOS INTERRUPTIVOS. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA.

AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

**1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, apreensões de não relevante quantidade de drogas não podem justificar tratamento gravoso anormal na exasperação da pena-base, na incidência da minorante do tráfico eventual, no indeferimento da substituição das penas ou na fixação do regime prisional, mormente quando fixada a pena-base no mínimo legal.**

2. Decorrido lapso temporal superior a 4 anos entre os marcos interruptivos, operou-se a prescrição da pretensão punitiva.

3. Agravo regimental improvido e decretada a prescrição da pretensão punitiva. (AgRg no REsp 1567057/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/06/2019, DJe 25/06/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. 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. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

**1. Considerando a primariedade do Paciente, a fixação da pena-base no mínimo legal, o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, e a pena definitivamente fixada - 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão -, cabível o regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda.**

**2. Na hipótese dos autos, a quantidade das drogas apreendidas (05 porções de crack, pesando 0,87g, e 07 porções de cocaína, pesando 4, 10g) não pode ser considerada por demais relevante, a ponto de justificar a aplicação de regime prisional mais gravoso.**

**3. Agravo regimental desprovido.**

(AgRg no HC 502.619/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/06/2019, DJe 14/06/2019)

Nesse contexto, o estabelecimento de regime prisional mais gravoso sem fundamento concreto, contraria o disposto nas Súmulas 440/STJ, 718 e 719/STF, *in verbis*:

"Súmula 440/STJ: "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".

Súmula 718/STF: "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".

Súmula 719/STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

Sendo assim, não se justifica a imposição de regime inicial fechado a paciente primário, condenado à pena reclusiva inferior a 4 anos (2 anos de reclusão), cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, em razão da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, fazendo jus ao regime aberto, bem como à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 33, §2º, alínea "c", e art. 44, ambos do Código Penal.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para fixar o regime inicial aberto de cumprimento da pena, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Brasília, 28 de novembro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO  
Relator