

HABEAS CORPUS Nº 524.826 - SP (2019/0226956-4)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : **RICARDO AMADO SCHELL RIBAS SILVEIRA ALVES E OUTRO**
ADVOGADOS : **VICTOR HUGO ANUVALE RODRIGUES - SP331639**
RICARDO AMADO SCHELL RIBAS SILVEIRA ALVES - SP417196
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **WESLEY VINICIUS DANTAS CAVALCANTE**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de WESLEY VINICIUS DANTAS CAVALCANTE, em face de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, assim ementado (fl. 14):

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS - Materialidade delitiva e autoria sobejamente demonstradas nos autos - Ausência de questionamentos quanto a tais pontos - Recurso ministerial — PENA — Cassação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 - Descabimento — Réu que preenche os requisitos legais - Ausência de indicativos seguros de que ele se dedicava às atividades criminosas — Fixação do regime inicial fechado em detrimento do aberto — Douta maioria que entende que afigura privilegiada não retira o caráter hediondo do delito, sendo incabível a fixação de regime diverso do fechado — Recurso defensivo — Pedido de gratuidade da Justiça que deve ser direcionado ao Juízo da Execução, o qual disporá de maiores informes acerca da real situação econômica do acusado — Recurso defensivo desprovido e, por maioria, parcial provimento ao apelo ministerial.

Alegam os impetrantes, em síntese, que a manutenção do regime fechado se apresenta como medida absolutamente descabida, tendo em vista a inidoneidade da fundamentação utilizada no recrudescimento do regime, qual seja, a hediondez do delito.

Requerem, liminarmente e no mérito, que o paciente inicie o cumprimento da pena em regime aberto.

A liminar foi deferida (fls. 69-71).

As informações foram prestadas (fls. 78-79 e 83-102).

O parecer do Ministério Público Federal foi pela concessão, de ofício, da ordem, confirmando a liminar deferida.

É o relatório.

DECIDO.

Conforme relatado, busca a defesa a fixação do regime aberto, sob alegação quanto à inidoneidade da fundamentação utilizada no recrudescimento do regime, qual seja, a hediondez do delito.

O colegiado do Tribunal de piso fixou o regime fechado aos seguintes fundamentos (fl. 20):

[...] E, a despeito de se tratar de decisão proferida em sede de controle difuso, incidental, não produzindo efeito erga omnes, inegável que representa tendência pretoriana a ser respeitada, tanto que o Superior Tribunal de Justiça cancelou a Súmula nº 512, que previa a manutenção da hediondez no caso de incidência da minorante em questão. Assim, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena em casos análogos, em que não tiverem sido sopesadas quaisquer circunstâncias judiciais desfavoráveis ao condenado, deve ser observada a sistemática encadeada no art. 33 do Estatuto Repressivo, sendo de rigor, ainda, que se avalie a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade nos moldes do art. 44 daquele Codex.

Em suma, ao ver deste Relator, mostrou-se irrepreensível a fixação do regime inicial mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos operada pelo magistrado.

Todavia a douta maioria entendeu que a figura privilegiada não retira o caráter hediondo do crime de tráfico, razão pela qual a fixação de regime prisional diverso do fechado revela-se desaconselhável.[...]

Veja-se que o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 foi declarado inconstitucional, *incidenter tantum*, 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, daí o constrangimento ilegal.

Sendo a pena-base fixada no mínimo legal e restando definitivamente estabelecida em patamar inferior a quatro anos (1 ano e 8 meses), a definição de regime penal mais gravoso exigiria concreta motivação, a tanto não servindo argumentos de gravidade abstrata do delito, a presença de majorantes ou dos genéricos efeitos sociais da criminalidade, ou ainda a hediondez do crime de tráfico, como na espécie:

Súmula 440: 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.

Dessa maneira, nota-se que nenhuma motivação pelo crime concretizado (tráfico privilegiado) foi aduzida no acórdão atacado para fixar o regime mais severo, indicando-se apenas a hediondez do delito, o que torna certa a ausência de fundamentos válidos para a imposição de regime mais gravoso.

Por fim, afastados os termos do acórdão, de rigor a análise, de ofício, da substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos. Trata-se de réu primário (fl. 45), com circunstâncias judiciais favoráveis, cuja pena final estabelecida em patamar inferior a 4 anos de reclusão, não sendo o volume considerável a ponto de impedir a conversão - 24,76 gramas de maconha - fl. 41.

Dessarte, determino a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, em conformidade com o art. 44 do Código Penal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO EM METADE. RAZOABILIDADE. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM, EM MENOR EXTENSÃO.

1. O Tribunal de origem não logrou fundamentar de maneira idônea a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no percentual mínimo de 1/6, porquanto não declinou motivação suficiente para a fixação do redutor no referido patamar, sendo razoável, diante da quantidade da droga apreendida - **44,59 g de cocaína** -, a aplicação da minorante em metade, redimensionando-se a pena para 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação, e aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no patamar de 1/2, sendo a reprimenda final 2 anos e 6 meses de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 33, § 2º, c, e 44 e incisos, ambos do Código Penal.

3. Ordem concedida, em menor extensão, a fim de reduzir a pena do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto, possibilitando, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções. (HC 392.193/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/05/2017, DJe 25/05/2017)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MAJORANTE PREVISTA NO ART. 40, INCISO III, DA LEI N. 11.343/06. **SUBSTITUIÇÃO DE PENA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS ESTABELECIDOS NO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE DA MEDIDA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.**

[...]

2. Na hipótese dos autos, diante da circunstâncias concretas do delito, tendo em vista a primariedade da agente, fixação da pena-base no mínimo legal, pequena quantidade de entorpecentes apreendidos, incidência da minorante de pena do tráfico privilegiado na fração máxima e da causa de aumento na fração mínima, não se vislumbra ilegalidade no julgado proferido pela Corte a quo que concedeu a substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1320117/DF , Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 6/12/2016, DJe 1º/2/2017)

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para, de ofício, restabelecer a sentença condenatória, de fls. 41-47, nos exatos termos deste *decisum*.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 27 de novembro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO

Relator