HABEAS CORPUS Nº 536.903 - SP (2019/0295463-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	ARNALDO CORREA DA MOTA
ADVOGADO	:	ARNALDO CORREA DA MOTA - SP144964
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	PEDRO KLEMER SOUZA DE OLIVEIRA (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de PEDRO KLEMER SOUZA DE OLIVEIRA, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fl. 6).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no artigo 33, caput, c.c. o artigo 40, inciso VI, ambos da Lei no. 11.343/06, às penas de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 250 dias-multa, no piso legal.

Objetiva, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para que seja fixado o regime aberto ou semiaberto.

Deferida a liminar (fls. 29-31) e prestadas as informações (fls. 36-67 e 72-78), manifestou-se Ministério Público Federal pelo não conhecimento ou denegação da ordem (fls. 81-84).

É o relatório.

DECIDO.

Acerca do regime prisional, assim consignou o Tribunal de origem (fls. 17-19):

> Em primeira fase, à vista das **circunstâncias judiciais favoráveis, fixo a pena-base no mínimo legal**, qual seja, 5 anos de reclusão, e 500 dias-multa.
> Na segunda fase, em que pese a menoridade relativa do acusado, mantenho a sanção.
> Cabe lembrar que as atenuantes não podem levar a pena aquém do mínimo, nos termos da Súmula no. 231 do E. Superior Tribunal de Justiça.
> Na derradeira etapa, em virtude de uma majorante – do artigo 40, inciso VI, da lei nº 11.343/06 – aumento a sanção em 1/6, atingindo a pena definitiva de 5 anos e 10 meses de reclusão, e 583 dias-multa.
> Por fim, reputo **presentes as condições necessárias à incidência do redutor previsto no artigo 33 § 4º da Lei nº 11.343/06**, aplicando o *quantum* de redução no coeficiente de 1/2, totalizando as penas de 2 anos e 11 meses de reclusão, e 291 dias-multa.
> A quantidade e a variedade dos entorpecentes apreendidos não permite redução mais generosa.
> **Resulta, portanto, a pena definitiva de 2 anos e 6 meses de reclusão, e 250 dias-multa.**

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: D718A77C-C361-4056-9310-8DF5A6ADE0EA

> 5. Finalmente, estabeleço o regime inicial mais gravoso para o início de cumprimento da reprimenda.
> Com efeito, as circunstâncias concretas do fato em tela, de si, bastam a inviabilizar a imposição de regime menos severo, bem como a substituição por restritivas de direitos ou concessão de *sursis*: **trata-se de tráfico de droga altamente perniciosa (cocaína), praticado pela manhã, em plena via pública, com a participação de menor.**

Sendo a pena-base fixada no mínimo legal, reconhecidos os bons antecedentes e a primariedade do réu, e aplicada a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, a definição de regime penal mais gravoso exige concreta motivação, a tanto não servindo argumentos de gravidade abstrata do delito, a presença de majorantes ou dos genéricos efeitos sociais da criminalidade:

> 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".

Observa-se, no caso, que foi fixado o regime inicial fechado por se tratar *de tráfico de droga altamente perniciosa (cocaína), praticado pela manhã, em plena via pública, com a participação de menor.*

Embora não válido o fundamento relativo à natureza da droga, bem como de ter ocorrido pela manhã em via pública, o fato de o delito ter sido praticado em conjunto com menor permite o agravamento ao regime intermediário. A propósito:

> AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS VALORADAS NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES. BIS IN IDEM RECONHECIDO. QUANTIDADE NÃO RELEVANTE. DOSIMETRIA DA SENTENÇA RESTABELECIDA. RECURSO IMPROVIDO.
> [...]
> 2. Considerando a quantidade não relevante do entorpecente apreendido - 65 gramas de cocaína -, justifica-se o restabelecimento da dosimetria fixada na sentença condenatória, visto que, **não obstante a natureza danosa do estupefaciente, entende esta Corte Superior que a quantidade não relevante e a ausência de circunstâncias adicionais (inserção em grupo criminoso de maior risco social, atuação armada, envolvendo menores ou com instrumentos de refino da droga, etc.) desautorizam a exasperação da pena-base, a vedação à minorante do tráfico, o**

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: D718A77C-C361-4056-9310-8DF5A6ADE0EA

> **agravamento do regime prisional ou a negativa à substituição das penas. Precedentes.**
> 3. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 498.388/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/09/2019, DJe 10/09/2019)

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para alterar o regime inicial para o semiaberto.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 04 de dezembro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: D718A77C-C361-4056-9310-8DF5A6ADE0EA