HABEAS CORPUS Nº 539.640 - SP (2019/0309043-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	LUIS ANTONIO GONZAGA
ADVOGADO	:	LUÍS ANTÔNIO GONZAGA - SP148696
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	DOUGLAS LEITE ROCHA (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de DOUGLAS LEITE ROCHA, em face de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, assim ementado (fl. 35):

> TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. Recurso defensivo. Absolvição. Inviabilidade. Acervo probatório robusto e coeso a lastrear a condenação.
> DOSIMETRIA. Alijamento da reincidência. Penas diminuídas. Inaplicabilidade do redutor do § 4º. Regime fechado intocado. Ausência dos requisitos do CP, art. 44 ou do art. 77.
> PROVIMENTO PARCIAL.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 anos, 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa.

Interposto recurso de apelação pela defesa, o Tribunal de origem deu-lhe parcial provimento para reduzir as penas a 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Daí o presente *writ*, em que o impetrante requer a fixação do regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena.

É o relatório.

DECIDO.

Conforme relatado, a impetrante requer a fixação do regime inicial semiaberto, sob o argumento de ausência de fundamentação concreta para a fixação do regime fechado.

Acerca do regime prisional, assim constou da sentença (fl. 31):

> A pena será cumprida inicialmente em regime fechado, considerando a natureza do delito. O crime de tráfico tem efeitos sociais dantescos, fomentando a prática de quase todos os demais delitos. Tudo isso afasta a possibilidade de outro regime que não o fechado.

Do acórdão que julgou a apelação extrai-se a seguinte fundamentação (fls. 39-40):

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: 2C13DF8E-99A2-49C0-A57D-B1E8C46CEA03

> No que tange ao regime, não se ignora que o STF reconheceu e declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Lei n° 8.072/90, art. 2º, § Iº, que instituiu obrigatoriedade do início da pena no fechado, no julgamento do HC n° 111.840/ES. Entretanto, **aqui se afigurou correta a fixação do mais rigoroso, diante da gravidade concreta da conduta, exaustivamente explanada, porquanto, quando disseminada, as mencionadas substâncias, trazem graves riscos à saúde pública**, inexistindo qualquer afronta aos princípios da proporcionalidade, da individualização ou ofensa às Súmulas/STF, nºs 718 e 719 e STJ, n° 440.

Como se vê, o Tribunal de origem fixou o regime inicial fechado com fundamento na *gravidade concreta da conduta, exaustivamente explanada, porquanto, quando disseminada, as mencionadas substâncias, trazem graves riscos à saúde pública.*

Sabe-se que esta Corte superior entende ser possível a fixação do modo prisional mais severo com esteio na quantidade, natureza e variedade dos entorpecentes apreendidos.

No presente caso, contudo, trata-se de apreensão de 20,940 gramas de maconha (fl. 26), quantidade que não se mostra considerável a ponto de justificar a escolha do regime inicial mais severo.

Quanto ao tema, de acordo com o entendimento firmado por esta Corte, apreensões de não relevante quantidade de drogas, embora não constituam fundamento suficiente para excluir a tipicidade do crime de tráfico de drogas, tampouco podem justificar tratamento gravoso anormal, seja na valoração da pena-base, na incidência da minorante do tráfico eventual, na fixação do regime prisional ou no indeferimento da substituição das penas. Nesse sentido:

> PROCESSO PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÃO PENAL EM CURSO. CONSIDERAÇÃO PARA FINS DE DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. POSSIBILIDADE. PENA-BASE E REGIME PRISIONAL RECRUDESCIDO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CRACK. AUSÊNCIA DE GRAVIDADE CONCRETA QUE JUSTIFIQUE TRATAMENTO MAIS SEVERO. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.
>
> [...]
>
> 2. **A pequena quantidade de droga apreendida não justifica a exasperação da pena-base ou a imposição de regime prisional mais gravoso, porquanto tal fato não acrescenta gravidade concreta à conduta delitiva, em especial, em se tratando de réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 8 anos anos e cujas demais circunstâncias judiciais tenham sido neutralizadas.**
>
> 3. Agravo regimental provido para conceder habeas corpus de ofício, a fim

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: 2C13DF8E-99A2-49C0-A57D-B1E8C46CEA03

> de reduzir a pena-base ao mínimo legal, bem como abrandar o regime prisional para o semiaberto (AgRg no AREsp 999.769/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017.)

Assim, 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.

Nesse contexto, não se justifica a imposição do regime inicial fechado de cumprimento de pena ao réu primário, condenado à pena final de 5 anos de reclusão, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, com esteio apenas na gravidade abstrata, fazendo o paciente jus ao regime semiaberto.

Por fim, mantida a reprimenda em patamar superior a 4 anos de reclusão, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pelo não preenchimento do requisito previsto no art. 44, I, do CP.

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

Comunique-se.

Publique-se.

Intime-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: 2C13DF8E-99A2-49C0-A57D-B1E8C46CEA03