HABEAS CORPUS Nº 501.600 - SP (2019/0090129-1)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO FABIANA CAMARGO MIRANDA - SP234361
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ALEXANDRE GONCALVES SOUZA SANTOS (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de ALEXANDRE GONÇALVES SOUZA SANTOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação n.º 0039470-58.2018.8.26.0050.

Extrai-se dos autos que o Paciente foi denunciado pela suposta prática do crime de tráfico de drogas por ter em depósito *"75,5 gramas de cocaína (distribuídas em 295 (duzentos e noventa e cinco) pinos e 98 (noventa e oito) invólucros plásticos e 505,1 gramas de maconha (distribuídos em 340 invólucros plásticos)"* (fl. 11).

Posteriormente, em 13/6/2018, o Réu foi condenado, em primeiro grau, pela prática do ilícito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 500 (quinhentos) dias-multa, sendo vedado o direito de recorrer em liberdade (fl. 25).

Inconformados, a Defesa e a Acusação apelaram. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao recurso defensivo, mas deu parcial provimento ao apelo ministerial para fixar o regime prisional fechado.

Neste *writ*, a Parte Impetrante sustenta que deve ser fixado o regime prisional semiaberto para o início de cumprimento da reprimenda do Paciente, nos termos do art. 33, § 2.º, alínea *b*, do Código Penal. Afirma que todas as circunstâncias judiciais foram favoráveis.

Busca-se, em liminar e no mérito, que seja fixado o regime semiaberto ao Paciente, nos termos do art. 33, § 2.º, alínea *c*, do Código Penal.

É o relatório.

Passo a decidir o pedido urgente.

A pretensão liminar deve ser deferida por estarem configurados a plausibilidade jurídica do pedido e o perigo da demora.

Na hipótese, o Tribunal de origem fixou o regime inicial fechado, sob a seguinte fundamentação (fls. 34-35):

> *"O regime prisional é o fechado.*
>
> *O art. 33, § 2.º, alínea 'b', do Código Penal dsipõe que o condenado não reincidente poderá, desde o princípio, cumprir a pena em regime inicial semiaberto, quando a pena seja superior a 4 anos e não exceda a 8.*
>
> *Porém, tal dispositivo deve contar também com a observância do seu § 3.º, que dispõe:*'A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código, o que justifica a fixação do regime inicial fechado no presente caso.'
>
> *O crime de tráfico ilícito de entorpecente é de natureza muito grave e causa repulsa da sociedade. É equiparado a hediondo. Portanto, deve ser reprimido com severidade. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 3.º, do Código Penal."*

Cumpre ressaltar que, em 27 de junho de 2012, o Tribunal Pleno da Suprema Corte, no julgamento do HC n.º 111.840/ES, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, declarou incidentalmente, por maioria, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90 (redação dada pela Lei n.º 11.464/2007) e afastou a obrigatoriedade apriorística de se fixar o regime inicial fechado para os condenados por tráfico ilícito de drogas.

Assim, independentemente do caráter hediondo do crime, deve o julgador, ao fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Na hipótese, verifica-se que o Réu é primário, a pena-base foi fixada no mínimo legal e a pena definitiva foi estabelecida em *quantum* inferior a 8 (oito) anos de reclusão, ou seja, em 5 (cinco) anos de reclusão. Assim, considerando a pena definitivamente fixada, as circunstâncias judiciais favoráveis, o regime inicial de cumprimento de pena seria o **semiaberto fixado na Primeira Instância**, não o fechado. Com igual conclusão, cito o seguinte precedente:

> "HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO DE DROGAS. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO. ANÁLISE DO MÉRITO DE OFÍCIO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. MANUTENÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO DECRETO PRISIONAL. PREJUDICIAL REJEITADA. PRISÃO PREVENTIVA.*

FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. INCIDÊNCIA DOS ENUNCIADOS DAS SÚMULAS N. 718 e N. 719 DO STF e N. 440 DO STJ. HABEAS CORPUS *NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus *substitutivo de recurso ordinário. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.*

2. Conforme precedente desta Quinta Turma, A superveniência de sentença de pronúncia ou condenatória não constituirá 'título novo', de modo a prejudicar o conhecimento do habeas corpus, se a ela nenhum fundamento novo for acrescentado (HC 288.716/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO - Desembargador Convocado do TJ/SC -, Quinta Turma, julgado em 25/11/2014, DJe 1º/12/2014), como ocorreu na espécie.

3. Na hipótese, a prisão preventiva do paciente encontra-se fundamentada na gravidade concreta do delito, evidenciada pela quantidade e qualidade de drogas apreendidas em seu poder e de outros (3010,5g de maconha) e na necessidade de garantia da ordem pública, com adequação aos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

4. Sobre o regime prisional. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2°, § 1°, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

5. No caso, apesar da pena-base ter sido fixada no mínimo legal e o paciente ser primário, o regime fechado foi fixado pelo Juízo a quo *e mantido pelo Tribunal de origem sem a apresentação de fundamentação suficiente para tanto, uma vez que a hediondez do delito não constitui motivação idônea para a fixação de regime mais gravoso. Inteligência dos enunciados das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e n. 440 desta Corte Superior de Justiça.*

6. Considerando (i) a pena-definitiva fixada em 5 (cinco) anos de reclusão; (ii) a confirmação da sentença pelo Tribunal; (iii) a ausência de recurso da acusação; (iv) a segregação cautelar que perfaz 1 (um) ano e 4 (quatro) meses; (iii) o regime fechado fixado com base na hediondez do delito; e (iv) a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal e do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal, configurado está o constrangimento ilegal hábil a permitir a concessão da ordem, de ofício, por este Superior Tribunal.

7. Habeas corpus *não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime prisional semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade que foi imposta ao paciente, com extensão do*

> *benefício ao corréu e recomendação, ao Juízo de primeiro grau, da análise da detração penal, nos termos do art. 387, § 2º do Código Penal."* (HC 403.565/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 02/04/2018)

Nesse contexto, em face da excepcionalidade do caso em exame, **DEFIRO o pedido liminar** para assegurar ao Paciente o cumprimento da pena imposta no regime inicial semiaberto, se por outro motivo não estiver preso, até o julgamento definitivo deste *writ*.

Oficie-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado São Paulo e ao Juízo de origem, comunicando-lhes o inteiro teor da presente decisão para adoção das providências cabíveis, inclusive junto ao Juízo das Execuções Penais.

Requisitem-se informações ao Tribunal de origem, nas quais deverão constar, ainda, as respectivas senha ou chave de acesso para consulta ao andamento processual, caso a página eletrônica da Corte *a quo* requeira a sua utilização.

Após, remetam-se os autos ao Ministério Público Federal para manifestação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 02 de abril de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora