HABEAS CORPUS Nº 499.671 - SP (2019/0079231-9)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO LUANA BARBOSA OLIVEIRA - MG134138
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	NATAN MALAQUIAS BATISTA

DECISÃO

Trata-se de em *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de NATAN MALAQUIAS BATISTA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação n.º 0045454-57.2017.8.26.0050.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado às penas de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa pela prática do art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porque trazia "*consigo 39,5 (trinta e nove gramas e cinco decigramas) porções de cocaína, divididas em 151 porções, e 343g (trezentos e quarenta e três gramas) de maconha, divididas em 110 porções*" (fls. 20-26).

Contra esse *decisum*, a Defesa interpôs recurso de apelação. O Tribunal de origem negou-lhe provimento consoante a ementa a seguir transcrita, *in verbis* (fl. 29):

> "*APELAÇÃO CRIMINAL Tráfico de drogas Recurso da defesa Absolvição por insuficiência probatória ou desclassificação das condutas para o crime previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06 Improcedência Os firmes e coesos depoimentos dos policiais militares reputam-se suficientes para a comprovação dos fatos As circunstâncias da prisão em flagrante, e a reação do acusado ao avistar os policiais, assim como a forma de acondicionamento dos entorpecentes são fatores que evidenciam a mercancia ilícita Tráfico bem caracterizado Condenação mantida.*
>
> *Dosimetria Réu que foi beneficiado com o redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, na fração de 1/2 (metade) Pretendida utilização da fração em 2/3 Impossibilidade A quantidade, a nocividade e a variedade dos entorpecentes apreendidos são fundamentos idôneos a ensejar a escolha da fração redutora, quando for o caso de aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 Precedentes Pretendida fixação de regime prisional mais brando Descabimento A natureza e a quantidade de entorpecentes são critérios válidos para a escolha do regime prisional, consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Colenda Câmara* 'In casu', *o réu foi surpreendido com drogas de alto poder lesivo (cocaína e* crack*) Imperiosa, portanto, a manutenção do regime inicial fechado Substituição*

> *da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos Impossibilidade Apesar de o acusado ter sido condenado à pena inferior a 04 anos de reclusão, a quantidade e a natureza da droga apreendida evidenciam que a substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos não se mostra suficiente para a prevenção e a repressão do delito perpetrado Recurso defensivo improvido."*

Neste *writ*, a Defesa alega, em suma, que o Paciente faz jus à fixação do regime aberto para cumprimento inicial da pena reclusiva e a sua substituição por restritivas de direitos.

Afirma que, "*no caso em concreto, não foi demonstrada a necessidade concreta da imposição de regime mais gravoso que o permitido de acordo com a pena aplicada. Ao contrário, a Corte paulista sustentou sua decisão na gravidade da infração, ignorando remansosa jurisprudência da nossa Corte Suprema que veda esta prática*" (fl. 7).

Requer, em medida liminar e no mérito, seja estabelecido o regime aberto ou, subsidiariamente, a substituição da pena reclusiva por restritivas de direitos.

É o relatório inicial.

Passo a decidir o pedido urgente.

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

A sentença condenatória fixou o regime inicial fechado para cumprimento da pena, assinalando que (fl. 25; sem grifos no original):

> *O regime inicial para cumprimento de pena é o fechado, tendo em vista a gravidade concreta dos fatos, a grande quantidade e variedade de drogas apreendidas em poder do acusado* ***e, ainda, a hediondez do delito*** *e a necessidade da prevenção do tráfico de entorpecentes, que se expande cada dia mais com a benevolência dos aplicadores da Lei.*

Por sua vez, o acórdão impugnado, quanto à manutenção do regime inicial fechado, apresentou os seguintes fundamentos (fl. 37):

> *"Pelo exposto, de rigor manter ao acusado o regime fechado para início de cumprimento das penas, com espeque na natureza (cocaína e* crack*) e quantidade da droga circunstâncias que revelam a gravidade concreta dos comportamentos e, por isso, evidenciam a necessidade de tratamento penal enérgico".*

Quanto ao tema, é certo que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao

julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, **devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal**. Sobre o tema, destaco o seguinte precedente:

> "*PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM* HABEAS CORPUS. *TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTO INIDÔNEO E ABSTRATO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. CONDENAÇÃO INFERIOR A 8 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*
>
> ***1. A previsão legal que determinava a aplicação do regime fechado como inicial para o cumprimento da pena reclusiva foi declarada inconstitucional, 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.***
>
> *2. Inadmissível a utilização da quantidade da droga apreendida quando não relevante 57,6 gramas de maconha e 46,2 gramas de cocaína, bem como de fundamentação abstrata a justificar a imposição do regime mais gravoso, pois, nos termos do § 3º do art. 33 do CP, a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 do Código. Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.*
>
> *3. Agravo regimental improvido.*" (AgRg no HC 397.009/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018; sem grifos no original).

Além do mais, apesar da quantidade de droga apreendida, a fundamentação das instâncias ordinárias não tem o condão de justificar o regime prisional fechado, tendo em vista a **primariedade do Paciente** (fl. 23), **a pena-base fixada no mínimo legal** (*ibidem*) e **a reprimenda definitiva,** 2 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e em atenção ao disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal, entendo ser cabível, nesta etapa de cognição sumária, **a fixação liminar do regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda**.

Ante o exposto, DEFIRO PARCIALMENTE a pretensão liminar para estabelecer o regime inicial semiaberto até o julgamento do mérito do presente *writ*.

Comunique-se, com urgência.

Requisitem-se informações pormenorizadas ao Juízo de primeiro grau e ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nas quais deverá constar a respectiva senha ou chave de acesso para consulta ao andamento processual, caso a página eletrônica da Corte *a quo* requeira a sua utilização.

Após, ouça-se o ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 29 de março de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora