**HABEAS CORPUS Nº 496.112 - SP (2019/0060911-2)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATORA** | **:** | **MINISTRA LAURITA VAZ** |
| IMPETRANTE | : | HAISLAN FILASI BARBOSA E OUTRO |
| ADVOGADOS | : | HAISLAN FILASI BARBOSA - SP351159 |
| | | PAULO HENRIQUE RODRIGUES DE OLIVEIRA - SP357406 |
| IMPETRADO | : | TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE | : | DANILO APARECIDO MENDES DOS SANTOS (PRESO) |

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de DANILO APARECIDO MENDES DOS SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação n.º 0000116-82.2017.8.26.056.

Consta dos autos que o Paciente foi preso em flagrante, no dia 16/09/2017, e condenado pela prática do delito de tráfico de drogas (art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006), à pena de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, em regime inicial fechado, vedado o apelo em liberdade, por ter depósito, junto com corréu, para fins de tráfico, 14,93g (quatorze gramas e noventa e três decigramas) de crack.

O Tribunal *a quo* negou provimento aos apelos defensivo e ministerial, mantendo, na íntegra, a sentença de primeiro grau (fls. 15-22).

Defende o Impetrante que há constrangimento ilegal contra o Paciente porque *"a fixação do regime semiaberto é uma exigência ao presente caso, não só pela possibilidade objetiva, como também pela absoluta dissonância com as hipóteses legais de admissibilidade do regime fechado"* (fl. 10).

Busca, assim, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para fixar o regime intermediário de cumprimento de pena.

É o relatório.

Passo à análise do pedido liminar.

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

Na hipótese, o Juízo Sentenciante, apesar de fixar a pena-base no mínimo legal e reconhecer a primariedade do Réu, estabeleceu que *"será fechado o regime inicial de cumprimento da pena carcerária para os sentenciados, sem direito de apelar em liberdade, porque se trata de crimes hediondos, mantidas as razões que embasaram a*

*preventiva"* (fl. 41).

O acórdão impugnado, por sua vez, ressaltou que *"o regime inicial fechado é o único compatível com as circunstâncias subjetivas dos acusados"* (fl. 21).

Como se vê, as instâncias ordinárias deixaram de aplicar entendimento fixado, em 27 de junho de 2012, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, quando a Corte 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. Confira-se a ementa do julgado:

> "**Habeas corpus**. ***Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida***.
>
> *1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.*
>
> *2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.*
>
> *3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.*
>
> *4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.*
>
> *5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice*

> *constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que* '[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.' ***Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito* ex nunc, *da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado"*** (sem grifos no original.)

Na ocasião, estabeleceu o Supremo Tribunal Federal que o § 1.º, do art. 2.º, da Lei n.º 8.072/90, vai de encontro ao princípio constitucional da individualização da pena, previsto no art. 5.º, inciso XLVI, da Constituição da República, porquanto cabe ao Magistrado particularizar a reprimenda do condenado, conforme as circunstâncias do caso concreto. No ponto, transcrevam-se os seguintes fundamentos do voto do Ministro Relator DIAS TOFFOLI, *in verbis*:

> *"No inciso XLIII do rol das garantias constitucionais – artigo 5º - afastam-se, tão somente, a fiança, a graça e a anistia, assegurando-se, em inciso posterior (XLVI), de forma abrangente, sem excepcionar essa ou aquela prática delituosa, a individualização da pena. No tocante ao tema, assinalo que, a partir do julgamento do HC nº 82.959/SP (Tribunal Pleno, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 1º/9/06), esta Corte Suprema passou a admitir a possibilidade de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, dada a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Tal possibilidade veio a ser acolhida posteriormente pela Lei nº 11.464/07, que modificou a Lei nº 8.072/90, positivando-se, desse modo, a possibilidade da mencionada progressão. Contudo, como já dito, essa lei estipulou que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados fosse, obrigatoriamente, cumprida inicialmente no regime fechado. Tal como já indagado no julgamento do HC nº 82.959/SP, tinha e tem o legislador ordinário poder para isso estabelecer? A minha resposta é negativa. Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, o qual foi modificado pela Lei nº 11.464/07".*

Assim, independentemente do caráter hediondo do crime, considerada a pena definitiva imposta, incidem, no caso, as regras previstas no art. 33, § 2.º, alínea *c*, e § 3.º, do Código Penal, as quais dispõem, respectivamente, que "*o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto*" e que "*a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código*".

Na espécie, diante da ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a

pena-base foi fixada no mínimo legal. Dessa forma, cabível a fixação do regime prisional semiaberto. Com igual conclusão, cito o seguinte precedente:

> *"[...] Reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade técnica do réu, a quem foi imposto reprimenda definitiva de 5 anos de reclusão, e considerando que a quantidade de droga apreendida não é elevada - 3,210g de crack - cabível a imposição do regime inicial semiaberto para cumprimento da sanção corporal, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal - CP [...]"* (HC 466.739/PE, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 21/02/2019).

Nesse contexto, ante a excepcionalidade do caso em exame, DEFIRO o pedido liminar, tão somente para assegurar ao Paciente o cumprimento da pena imposta no regime inicial semiaberto, 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, com a respectiva senha ou chave de acesso para consulta ao andamento processual.

Oficie-se, ainda, ao Juízo das Execuções, para que preste esclarecimentos pormenorizados acerca do cumprimento da pena.

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

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 1º de abril de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora