HABEAS CORPUS Nº 501.583 - SP (2019/0090013-1)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		LUCIANA ANGELO ALMEIDA SANTOS - SP249568
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	WELITON RAFAEL NASCIMENTO DOS SANTOS (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus,* com pedido liminar, impetrado em favor de WELITON RAFAEL NASCIMENTO DOS SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que deu provimento ao apelo defensivo (Apelação n.º 0093940-73.2017.8.26.0050).

Consta dos autos que o Paciente foi condenado por infração ao art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porque trazia consigo, para fins de tráfico, 192 (cento e noventa e duas) porções de maconha, com peso total de 138,2 g (cento e trinta e oito gramas e dois miligramas), e 85 (oitenta e cinco) porções de *crack,* ao peso total de 41,3 (quarenta e um gramas e três miligramas). O Juízo de primeiro grau fixou a pena do Réu em 6 (seis) anos de reclusão e pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, em regime inicial fechado, não concedido o direito de recorrer em liberdade.

Irresignada, a Defesa apelou. A Corte *a quo* deu parcial provimento ao recurso defensivo tão somente para reduzir a pena aplicada pelo Juízo singular, redimensionando a reprimenda para 3 (três) anos de reclusão e pagamento de 300 (trezentos) dias-multa, mantendo, no mais, a sentença.

Neste *writ*, a Defesa alega, em suma, que o Paciente tem direito à aplicação da causa de diminuição da pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, em seu patamar máximo, bem como a fixação do regime aberto para cumprimento inicial da pena e a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Requer, em medida liminar, a alteração do regime inicial de cumprimento da pena para o aberto até o julgamento definitivo do *writ* e, no mérito, a aplicação da fração máxima do redutor do art. 33, § 4.°, da Lei n.° 11.343/2006 e a alteração do regime inicial de cumprimento da pena para o aberto, substituindo a pena privativa de

liberdade por restritiva 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.

Na hipótese, o Tribunal de origem manteve o regime inicial fechado, sob a seguinte fundamentação (fls. 28-34; sem grifos no original):

> *"**Na primeira fase, a básica foi fixada em 1/5 acima do mínimo legal em razão da natureza nefasta de parte da droga apreendida (cocaína), diversidade e quantidade razoável delas, o que, data venia ao inconformismo defensivo, mostra-se adequado e proporcional ao caso em comento, vez que apreendidas quase 300 porções diversificadas de narcóticos, ultrapassando, desta forma, a elementar do tipo, e exigindo, por consequência, maior repreensão da conduta.***
>
> *Na fase consecutiva, ausentes agravantes ou atenuantes, a pena assim se manteve, sem o reconhecimento, na sequência, do privilégio previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Entorpecentes, o qual, contudo, com o devido respeito ao entendimento da d. Juíza sentenciante, deve ser considerado, pois o acusado é primário e não ostenta maus antecedentes, não existindo nos autos prova de que se dedicasse a atividades criminosas ou integrasse organização criminosa, em que pese a quantidade de estupefacientes que trazia consigo.*
>
> *A propósito, não se pode negar que entre o crime e a pena deve existir um equilíbrio, de modo que se o legislador reconheceu, com a edição da Lei nº 11.343/06, a necessidade de diferenciar o traficante organizado (aquele que obtém consideráveis lucros) dos sujeitos utilizados como mão-de-obra barata do tráfico. Nesse ponto agiu bem ao estipular a distinção entre a carga coativa da pena para um e para outro, obedecendo, portanto, ao princípio da proporcionalidade e aplicando ainda o princípio da igualdade, segundo o qual, deve-se tratar desigualmente os desiguais (art. 5º,* caput, *e inciso I da Constituição Federal), em estrita observância dos axiomas constitucionais. Assim, sendo o apelante primário e sem antecedentes criminais, como não se fez prova de que integrasse organização criminosa ou dela participasse, ou que fizesse do tráfico sua atividade habitual, essa Relatoria entende que o benefício do privilégio deve ser aplicado na metade (1/2), considerando a diversidade e natureza de parte do entorpecente a preendido (cocaína), resultando na reprimenda de 3 anos de reclusão, mais 300 dias-multa.*
>
> ***Por fim, embora exista entendimento quanto à possibilidade de fixação do regime menos gravoso ou até da aplicação de penas alternativas para o tráfico ilícito de entorpecentes privilegiado,** tem-se que a gravidade concreta do delito e o dano social que este provoca fazem com que tais medidas, ao menos no caso em tela, não se mostrem adequadas para a repreensão da conduta do recorrente, notadamente pela natureza dos entorpecentes apreendidos (cocaína), circunstância que*

agrava concretamente a conduta.

Destaque-se que este julgador não ignora os termos das Súmulas 440 do STJ, bem como 718 e 719 do STF, as quais também orientam a fixação do regime, mas entende como adequado que o início do cumprimento de pena ocorra no regime fechado; *também porque a fixação de regime aberto ou a substituição por penas alternativas incentivariam o comércio ilegal de drogas, causando à sociedade a sensação de impunidade e banalização do crime."*

Com efeito, nos termos do art. 33, § 2.º, alínea *c*, do Código Penal, não sendo reincidente e a pena fixada em patamar inferior a 4 anos, hipótese dos autos, o Paciente poderia, desde o início, cumprir a reprimenda em regime aberto. Todavia, em razão da pena-base ter sido fixada acima do mínimo legal, dada a valoração negativa da natureza das drogas apreendidas, justifica-se a imposição do regime **imediatamente** mais gravoso, o semiaberto, e não o fechado.

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PENA DEFINITIVA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. DETRAÇÃO PENAL. VERIFICAÇÃO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A fixação do regime prisional semiaberto com base em circunstância judicial desfavorável considerada para a fixação da pena-base (maus antecedentes), é fundamento justificável, nos exatos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal - CP.

2. Após o transito em julgado, cabe ao juízo das execuções a aplicação da detração penal, verificando, no caso, a possibilidade de fixação de regime prisional mais benéfico.

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg nos EDcl no AgRg no AREsp 1.257.271/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 29/08/2018.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. *MANUTENÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. RÉU COM A PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.*

[...]

2. Na espécie, não se observa a existência de constrangimento ilegal na manutenção do regime semiaberto para o início do cumprimento da sanção aplicada, pois, embora a pena imposta ao paciente seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a análise desfavorável das circunstâncias judiciais, impede a modificação do

regime inicial para o aberto. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no HC 443.663/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018.)

Dessa forma, repisa-se, a imposição do regime fechado, no caso, configura evidente constrangimento ilegal.

Ante o exposto, DEFIRO PARCIALMENTE o pedido liminar para, até o julgamento final do *writ*, fixar o regime prisional semiaberto para cumprimento da pena.

Oficie-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado São Paulo e ao Juízo de origem.

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