**HABEAS CORPUS Nº 501.735 - SP (2019/0091821-1)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATORA** | **:** | **MINISTRA LAURITA VAZ** |
| IMPETRANTE | : | DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| ADVOGADOS | : | DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO<br>LUANA BARBOSA OLIVEIRA - MG134138 |
| IMPETRADO | : | TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE | : | RAPHAEL TOLEDO (PRESO) |

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de RAPHAEL TOLEDO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação n.º 0026126-10.2018.8.26.0050.

Consta dos autos que o Paciente – preso em flagrante delito, no dia 27/03/2018, com "*23 invólucros contendo* ***36,4g (trinta e seis gramas e quatro decigramas) de maconha****, 26 invólucros contendo* ***3,2g (três gramas e duas decigramas) de cocaína*** *e 33 invólucros contendo* ***4,3g (quatro gramas e três decigramas) de*** **'crack'"** – foi condenado, em primeira instância, como incurso no art. 33, *caput* e § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, às penas de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, vedado o apelo em liberdade.

A sentença condenatória foi integralmente mantida pela Corte de origem, que negou provimento ao recurso de apelação interposto pela Defesa.

Nas razões deste *writ*, alega a Impetrante, em suma, que o Paciente faz jus à incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, na fração máxima, à fixação do regime inicial aberto e à substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

Pede, em liminar, seja concedido ao Paciente o direito de aguardar em regime semiaberto o julgamento definitivo do *writ*.

No mérito, pugna pela concessão da ordem para alterar o patamar de redução da pena para 2/3, fixar o regime inicial semiaberto e substituir a pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

É o relatório.

Decido o pedido urgente.

Observo, em juízo de cognição sumária, que estão preenchidos os requisitos para a concessão da liminar pleiteada.

No caso, o Juízo de primeiro grau entendeu que é "*mister fixar-se a modalidade inicial fechada, diante das circunstâncias fáticas do caso. Some-se a isso o fato de tratar-se de delito de natureza hedionda, grave, causador de nefastas consequências na sociedade*" (fl. 36).

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve a imposição do regime inicial fechado ao Paciente sob os seguintes argumentos (fl. 47):

> "*Por fim, o regime inicial fechado para o cumprimento da pena foi corretamente fixado, não comportando abrandamento. A gravidade do crime assim o recomenda, sendo comparado a crime hediondo, o que enseja a aplicação, inicialmente, de um regime mais severo, mostrando à sociedade a eficaz repressão a esse tipo de delito.*"

Todavia, como se sabe, 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 da pena nestes crimes, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal e as Súmulas n.ºs 440/STJ e 718 e 719/STF.

Nesse sentido:

> "HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. RACIONALIZAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO HEROICO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. INDEFERIDA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FUNDAMENTO NA HEDIONDEZ DO DELITO E NA GRAVIDADE ABSTRATA DA CONDUTA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PRIMARIEDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO.*
>
> [...]
>
> *2.* ***O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES em 27/6/2012, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe conferiu a Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e***

***equiparados.***

*3. Em 1º/9/2010, quando do julgamento do HC n. 97.256/RS, a Corte Suprema declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade das expressões* 'vedada a conversão em penas restritivas de direito' *e* 'vedada a conversão de suas penas em restritivas de direito', *constantes, respectivamente, do §4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.*

*4.* ***Caso em que o regime fechado foi aplicado à pena reclusiva imposta à paciente, mais severo do que a reprimenda comporta, sem fundamentação idônea, apenas com fulcro na hediondez do delito e na gravidade abstrata da conduta****. Afronta ao art. 93, IX, da Constituição da República, e ao Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte Superior de Justiça, segundo o qual:* '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'. *Nos mesmos termos, estão os Enunciados n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, também afrontados pelas instâncias ordinárias.*

*5. Considerando o* quantum *da condenação (1 ano, 11 meses e 10 dias), a primariedade da paciente, o fato de não lhe terem sido apontadas circunstâncias judiciais desfavoráveis e o preenchimento dos pressupostos previstos no art. 44 do Código Penal, configura constrangimento ilegal a aplicação do regime inicial fechado e a negativa de substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.*

*6.* Habeas corpus *não conhecido. Ordem concedida de ofício, para alterar o regime de cumprimento de pena para o aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.*" (HC 360.539/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016, sem grifos no original.)

Assim, na hipótese, considerando o *quantum* de pena estabelecido, a primariedade do Acusado e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível, nos termos do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal, a fixação do regime inicial semiaberto, porém, rejeita-se, em uma primeira análise, a substituição por penas restritivas de direitos, pois não foi cumprido o requisito objetivo previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

Ante o exposto, DEFIRO o pedido liminar para assegurar ao Paciente o cumprimento da pena no regime inicial semiaberto até o julgamento definitivo deste *writ*, se por outro motivo não estiver preso em regime mais gravoso.

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

Juízo de primeira instância, comunicando-lhes o inteiro teor da presente decisão para adoção das providências cabíveis.

Requisitem-se informações pormenorizadas ao Tribunal *a quo*.

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