HABEAS CORPUS Nº 502.151 - SP (2019/0093674-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE	:	MARCOS HAMILTON BONFIM
ADVOGADO	:	MARCOS HAMILTON BOMFIM - SP350833
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	TALITA SILVA SANTOS (PRESO)
PACIENTE	:	BENEDITO FLAVIO GREGORIO DOMINGUES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. APLICADA A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.
Ordem concedida liminarmente nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **Talita Silva Santos** e **Benedito Flavio Gregorio Domingues**, apontando-se como autoridade coatora a Nona Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação Criminal 0006959-40.2016.8.26.0482).

Narram os autos que o Juízo da 2ª Vara Criminal da comarca de Presidente Prudente/SP condenou os pacientes a 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incursos no art. 33, *caput*, c/c o § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (2.770,42 g de *cannabis sativa lineu* – fl. 26).

O Tribunal *a quo* negou provimento à apelação criminal interposta pela defesa e manteve integralmente a sentença condenatória.

Daí o presente *mandamus*, em que o impetrante aponta ilegalidade na aplicação do regime fechado.

Destaca que o próprio Magistrado ressaltou que os pacientes são réus primários e possuem bons antecedentes.

Alega que a gravidade abstrata do delito não representa fundamentação idônea para a fixação de regime prisional mais grave do que a pena aplicada permite.

Requer, assim, inclusive liminarmente, a aplicação do regime semiaberto.

Em consulta à página eletrônica do Tribunal de Justiça na internet, constatei que a condenação transitou em julgado para a defesa em 1º/2/2019.

É o relatório.

In casu, a ordem comporta concessão *in limine*.

O Tribunal estadual, ao negar provimento ao apelo defensivo, não obstante a pena definitiva tenha ficado em 4 anos e 2 meses de reclusão, manteve o regime inicial fechado, conforme estipulado na sentença condenatória.

Vejamos, no ponto, o que disse a Corte estadual: *o regime inicial fechado foi corretamente aplicado. Os apelantes praticaram crime grave, equiparado a hediondo, que gera intranqüilidade social e que produz efeitos nefastos a usuários e à sociedade, responsável por grande parte dos crimes violentos que ocorrem em nosso país. Ademais, a grande quantidade de droga apreendida, bem como as conseqüências do crime, não recomendam a fixação de outro regime inicial que não seja o fechado, pois o crime de tráfico é privado de uma série de benefícios (fiança, graça e indulto - art. 5º, XLIII, da Constituição Federal) e previsto em lei especial de origem constitucional, de modo que a fixação de regime inicial mais brando seria insuficiente para a reprovação e prevenção do crime* (fls. 52/53).

Assim, no caso dos autos, embora tenha sido fixada a pena-base no mínimo legal ante a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e aplicada a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas na fração máxima de 1/6, o regime prisional mais gravoso foi aplicado tão somente com base na gravidade abstrata do delito, o que por si só, não representa fundamento idôneo para tal.

Ora, é consabido que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal consideram ser possível, em tese, a fixação de regime inicial diverso do fechado aos condenados pelo delito de tráfico de drogas – a despeito da hediondez da conduta típica –, sem perder de vista as particularidades do caso concreto.

Mesmo para os crimes hediondos ou a eles equiparados cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, ***a escolha do regime inicial de cumprimento de pena***

deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, então, seja escolhido o regime carcerário *que se mostre o mais adequado para a prevenção e repressão do delito perpetrado* (HC n. 273.348/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 27/2/2014 – grifo nosso).

Dessa forma, em razão do *quantum* da pena aplicada, da primariedade dos pacientes e da inexistência de circunstâncias judiciais negativas, deve ser fixado o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda (art. 33, § 2º, *c*, do CP).

Ante o exposto, **concedo liminarmente** a ordem de *habeas corpus* para aplicar aos pacientes o regime inicial semiaberto.

Comunique-se com urgência.

Intime-se o Ministério Público estadual do teor desta decisão.

Publique-se.

Brasília, 03 de abril de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator