HABEAS CORPUS Nº 502.011 - SP (2019/0093178-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	RITA DE CASSIA GODOI BATISTA
ADVOGADO	:	RITA DE CASSIA GODOI BATISTA RIBEIRO - SP141152
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	VIVIANE PALOMARES

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de VIVIANE PALOMARES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que a paciente foi condenada, em primeira instância, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa, em regime aberto (convertida a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos e multa) pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Inconformado, o Ministério Público apelou da sentença, tendo a Corte de origem dado provimento ao recurso ministerial para determinar o cumprimento da pena em regime inicial fechado e afastar a substituição prevista no art. 44 do Código Penal.

Na presente oportunidade, a impetrante sustenta, em síntese, não haver motivos para a reforma da decisão de primeiro grau, sobretudo porque sua liberdade não implica risco à ordem pública, tratando-se de caso de apreensão de pequena quantidade de droga, de modo que a acusada faria jus ao cumprimento de pena em regime menos gravoso. Ademais, ressalta a necessidade de já se computar o tempo de prisão provisória anteriormente cumprido, para que se reconheça o direito à progressão de regime desde logo.

Diante disso, requer, em liminar, seja permitido ao paciente aguardar o julgamento do mérito do *writ* em liberdade.

É o relatório. **Decido.**

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

Na espécie, verifico presente constrangimento ilegal apto a justificar o parcial deferimento da medida de urgência.

Como é cediço, em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexiste a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal.

Além disso, a Terceira Seção desta Corte, em 23/11/2016, ao julgar a Petição n. 11.796/DF, cancelou o enunciado n. 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, firmando tese no sentido de que o tráfico ilícito de drogas, na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), não é crime equiparado a hediondo.

No caso, seguem os fundamentos utilizados pelo Tribunal *a quo* para, em exame e acolhimento do recurso ministerial, fixar o regime inicial fechado (e-STJ fl. 110):

> *Na espécie em apreço, a natureza dos entorpecentes apreendidos (17 porções de crack, droga de elevada capacidade viciante e forte poder destrutivo), o fato de a ré vender o entorpecente durante o dia, valendo-se de disfarce de mototaxista para tanto, de revelar agressividade quando da abordagem, de não ser esporádica sua conduta (conforme prova testemunhal) e de usar a própria residência para guardar a droga (o que indica o grau de seu envolvimento e a naturalidade com que vê o tráfico), revela a insuficiência de regime mais brando para alcançarem-se os fins da pena no caso concreto.*

Assim, extrai-se que a manutenção do regime mais gravoso possui lastro em fundamentação concreta, baseando-se em algumas circunstâncias do fato criminoso e na natureza especialmente deletéria da

droga apreendida (17 porções de *crack*).

Entretanto, o regime inicial fechado, excessivamente mais severo do que a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão comporta, a princípio, revela-se desproporcional.

Afinal, em juízo perfunctório, constato que o paciente é primário e a condenação não excede 4 anos de reclusão, sendo que a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido somente justificam a fixação do regime intermediário, na esteira do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Por fim, entendo que o juízo sumário, próprio desta fase processual, não é sede adequada para a apreciação do pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sendo suficiente, para fazer cessar o constrangimento ilegal ora verificado, a adequação provisória do regime prisional.

Ante o exposto, **defiro a liminar, em parte,** para assegurar ao paciente o direito de aguardar, no regime semiaberto, o julgamento do presente *habeas corpus*, salvo se por outro motivo estiver preso ou cumprindo pena.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal impetrado e ao Juízo de primeiro grau, solicitando-lhes informações, com a remessa da **senha** para acesso ao andamento processual constante da página eletrônica, tendo em vista a restrição determinada pela Resolução n. 121 do CNJ.

Após, dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 02 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator