HABEAS CORPUS Nº 503.214 - SP (2019/0099749-8)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	PAULO SERGIO DE ALMEIDA GODOY
ADVOGADO	:	PAULO SERGIO DE ALMEIDA GODOY - SP075225
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	FABIANO ADOLFO MARCELINO

DECISÃO

Trata-se de em *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de FABIANO ADOLFO MARCELINO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação n.º 0000323-19.2017.8.26.0613.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado às penas de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa pela prática do art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porque trazia "*consigo, para fins de tráfico, 140 invólucros contendo cocaína (210g), substância entorpecente capaz de causar dependência física ou psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar*" (fl. 26).

Contra esse *decisum*, o Ministério Público Estadual interpôs recurso de apelação insurgindo-se, tão somente, quanto ao regime prisional fixado pelo Juízo de primeiro grau, qual seja, o regime semiaberto. O Tribunal de origem deu provimento ao recurso do *Parquet*, determinando o regime inicial fechado para cumprimento da reprimenda, consoante a ementa a seguir transcrita, *in verbis* (fl. 25):

> *"Tráfico de entorpecentes Regime prisional - Crime grave, que abala a ordem pública, na medida em que é capaz de atingir grande número de pessoas - Regime fechado - Cabimento - Recurso provido."*

Neste *writ*, a Defesa alega, em suma, que o Paciente faz jus à fixação do regime aberto para cumprimento inicial da pena reclusiva e a sua substituição por restritivas de direitos.

Afirma que, "*Proferido o acórdão datado de 29/08/2018, após o seu trânsito em julgado, foi expedido mandado de prisão em face do sentenciado, o que entendemos ser um absurdo*" (fl. 6).

Requer, em medida liminar e no mérito, seja estabelecido o regime aberto ou, subsidiariamente, a substituição da pena reclusiva por restritivas 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.

A sentença condenatória fixou o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena, assinalando que (fls. 17-22; sem grifos no original):

> *"Passo a dosimetria da pena. O acusado é tecnicamente primário e por isso fixo a pena base no mínimo legal. Na segunda fase, embora presente a atenuante da menoridade, tal circunstancia não pode reduzir a pena abaixo do mínimo legal. Na terceira fase, entendo presentes os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, porém, considerando-se a quantidade da droga apreendida, bem como a sua natureza, sabidamente como sendo a de maior poder viciante, é o caso de atração do art. 42 da Lei 11.343/06, para redução da pena no patamar medio, ou seja, pela metade, fixando a pena definitiva em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Pelos mesmos motivos, não se revela que o regime mais brando seja suficiente para de um lado reprimir o delito em questão e de outro satisfazer o requisito da prevenção geral. Desse modo, considerando-se as circunstâncias legais e judiciais, mais conveniente a adoção do regime intermediário".*

Por sua vez, o acórdão impugnado, dando provimento ao recurso do *Parquet*, determinou a adoção do regime inicial fechado para o cumprimento da pena, sob os seguintes fundamentos (fls. 27-28):

> *"E, nesse particular, tem razão o ilustre Promotor de Justiça, pois, como se sabe, o tráfico de drogas causa indiscutível abalo à ordem pública, na medida em que o traficante consegue atingir um número elevado de pessoas, que acabam se envolvendo em outros delitos.*
>
> *Por isso, em face da gravidade concreta da conduta e da evidente periculosidade daqueles envolvidos nesses crimes, de rigor a segregação do agente no regime fechado, onde poderá demonstrar aptidão e preparo para voltar a conviver em sociedade, não se mostrando razoável, sempre respeitado o convencimento do ilustre Magistrado sentenciante, a aplicação de regime semiaberto para o cumprimento da pena.*
>
> *Até porque, a eleição do regime prisional deve observar o disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal e também art. 42, da Lei nº 11.343/06, que, no caso dos autos, foi considerado na terceira etapa para justificar a fração de redução utilizada (1/2), já que relevante a quantidade e nocividade da droga apreendida, de modo que a fixação do regime mais gravoso é medida de rigor."*

Quanto ao tema, é certo que 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 de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal**. Sobre o tema, destaco o seguinte precedente:

> "*PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM* HABEAS CORPUS. *TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTO INIDÔNEO E ABSTRATO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. CONDENAÇÃO INFERIOR A 8 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*
>
> ***1. A previsão legal que determinava a aplicação do regime fechado como inicial para o cumprimento da pena reclusiva foi declarada inconstitucional, pelo Plenário do STF no julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. DIAS TOFFOLI), sendo, a partir de então, afastada a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, tendo lá ficado consignado que as regras do art. 33 do CP deveriam ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados.***
>
> *2. Inadmissível a utilização da quantidade da droga apreendida quando não relevante 57,6 gramas de maconha e 46,2 gramas de cocaína, bem como de fundamentação abstrata a justificar a imposição do regime mais gravoso, pois, nos termos do § 3º do art. 33 do CP, a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 do Código. Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.*
>
> *3. Agravo regimental improvido.*" (AgRg no HC 397.009/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018; sem grifos no original).

Além do mais, apesar da quantidade de droga apreendida, a fundamentação das instâncias ordinárias não tem o condão de justificar o regime prisional fechado, tendo em vista a **primariedade do Paciente** (fls. 17-22), **a pena-base fixada no mínimo legal** (*ibidem*) e **a reprimenda definitiva,** 2 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e em atenção ao disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal, entendo ser cabível, nesta etapa de cognição sumária, **a fixação liminar do regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda**.

Ante o exposto, DEFIRO PARCIALMENTE a pretensão liminar para estabelecer o regime inicial semiaberto até o julgamento do mérito do presente *writ*.

Comunique-se, com urgência.

Requisitem-se informações pormenorizadas ao Juízo de primeiro grau e ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nas quais deverá constar a respectiva senha ou chave de acesso para consulta ao andamento processual, caso a página eletrônica da Corte *a quo* requeira a sua utilização.

Após, ouça-se o ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 10 de abril de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora