HABEAS CORPUS Nº 503.498 - SP (2019/0101079-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE	:	FABIANNE CARVALHO NEVES XAVIER
ADVOGADO	:	FABIANNE CARVALHO NEVES XAVIER - SP324570
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	SIDNEI DA ROCHA SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA. FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS. PARÂMETRO IDÔNEO. PRECEDENTES. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO NO PONTO.
Ordem concedida liminarmente nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em nome de **Sidnei da Rocha Santos**, condenado nos termos dos arts. 33, *caput* e § 4º, ambos da Lei n. 11.343/2006, às penas de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 250 dias-multa, no piso. Isso porque levava consigo, tinha em depósito e guardava para consumo de terceiros 14 porções de *crack*; 42 porções de cocaína; 17 porções de mesclado, derivado da cocaína; e 31 porções de maconha.

Aponta-se a ocorrência de constrangimento ilegal decorrente do julgamento, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, da Apelação n. 1500938-69.2017.8.26.0536, alegando-se, em suma, falta de prova para a condenação, imposição de pena maior que a cabível e em regime mais gravoso.

Busca-se a concessão de medida liminar a fim de que o paciente possa aguardar em liberdade o julgamento do *writ* e, ao final, requer-se o deferimento da ordem para adequar a pena e fixar o regime inicial aberto.

É o relatório.

Há, na hipótese em análise, constrangimento ilegal apto de ser corrigido

imediatamente.

Embora a Corte estadual tenha afirmado que a nocividade do *crack* apreendido revelava a inadequação da fixação do regime menos gravoso, no Superior Tribunal de Justiça, há precedentes segundo os quais, apesar da fundamentação idônea, impõe-se o abrandamento do regime fechado para o semiaberto, mais adequado, considerando que já traz um agravamento à situação do condenado. A propósito, confiram-se: HC n. 489.143/SP, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 28/3/2019; HC n. 364.292/SP, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 12/9/2016; AgRg nos EDcl no AREsp n. 648.595/ES, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 11/5/2017; e HC n. 388.094/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 14/6/2017, entre outros.

Assim, na espécie, impõe-se a alteração do regime fechado para o semiaberto.

Quanto ao mais, melhor sorte não socorre o paciente.

Ora, a via eleita não é dada ao reexame dos fatos e das provas que deram base à condenação.

Ademais, *na falta de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do delito, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, para afastar a aplicação da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes* (HC n. 453.535/RJ, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 28/8/2018).

Com efeito, *para fixar o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, deve-se levar em consideração especialmente a quantidade e a natureza da droga apreendida, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06, bem como as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP e os elementos do caso concreto, considerando a ausência de indicação de balizas pelo legislador para a definição do quantum mais adequado* (HC n. 477.625/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 1º/2/2019). Sobre o tema, da Sexta Turma, por exemplo, o AgRg no REsp n. 1.112.838/SC,

Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe 9/8/2018.

E, no caso, a Corte estadual aplicou a *fração média, tendo em vista a quantidade razoável de droga pronta para a comercialização apreendida, e assim à variedade* (fl. 34). De modo que não há constrangimento ilegal a ser sanado nesse ponto.

Por fim, de acordo com diversos julgados desta Casa, não obstante a reprimenda final seja inferior a 4 anos de reclusão, é inviável a imposição do regime aberto diante da existência de elemento concreto a figurar em demérito da paciente.

Pelo exposto, concedo a ordem de *habeas corpus* liminarmente tão somente para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 10 de abril de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator