HABEAS CORPUS Nº 503.850 - SP (2019/0103097-6)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO MENESIO PINTO CUNHA JUNIOR - SP149434
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	LEANDRO ALVES DE PONTES (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LEANDRO ALVES DE PONTES contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação n.º 0005807-49.2015.8.26.0495.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 500 (quinhentos) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, em razão da apreensão de 4,02g (quatro gramas e dois centigramas) de *crack* (fls. 73-78).

Inconformados, a Defesa e o Ministério Público interpuseram recursos de apelação. O Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo e deu provimento ao recurso do *Parquet* para fixar o regime inicial fechado (fls. 116-124).

Neste *writ*, a Impetrante sustenta, em suma, que o Paciente preenche os requisitos para o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, bem como que não houve fundamentação idônea para a fixação do regime fechado para o início de cumprimento da reprimenda.

Requer, liminarmente, a fixação de regime inicial menos gravoso. No mérito, pleiteia a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006 em seu patamar máximo e a fixação de regime prisional mais brando.

É o relatório.

Decido o pedido urgente.

Passo a apreciar o pedido cautelar, que se restringe à fixação de regime inicial menos gravoso.

No caso, o Tribunal de origem fixou o regime fechado sob os seguintes argumentos (fls. 121-122):

"No tocante ao regime inicial, merece guarida o apelo ministerial para fixar o regime inicial fechado, tendo em vista que é o único adequado em face do Princípio da Suficiência Penal, mormente porque se trata de delito grave, equiparado a hediondo, o que enseja maior repressão e reprovação, por ser verdadeiro flagelo da sociedade hodiernamente.

Anote-se que o regime aberto é incompatível com a infração de tráfico de drogas, que se tornou uma das grandes pragas modernas a atormentar a sociedade, mormente no Brasil, antes país de passagem da droga para o exterior, sendo hoje um dos países com grande número de traficantes, passando a droga a ser utilizada aqui, sendo exemplo disso que 70% dos processos em julgamento nas sessões ordinárias dessa E. Câmara, sempre em número superior a 500 feitos, são referentes a tráfico de drogas.

Assim, transformando-se o tráfico num dos verdadeiros cancros da atualidade, envolvendo jovens e desagregando famílias, deve ele ser combatido com rigor, rigor este que só se encontra presente na imposição do regime fechado para o traficante.

E não pode o julgador ter seu olhar voltado para as estrelas, mas deve ser homem do seu tempo, que não ignora que a leniência com o tráfico destrói famílias, jogando usuários e viciados na sarjeta, bem como incrementa roubos, latrocínios, furtos e homicídios."

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:

"[...]

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 (fl. 120), 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.

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), 11 de abril de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora