HABEAS CORPUS Nº 504.347 - SP (2019/0105761-4)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO BRUNO BONI DEL PRETI - SP0317690
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	CAROL DA SILVA CAMPOS (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de CAROL DA SILVA CAMPOS, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação n.º 0000193-49.2017.8.26.0574.

Consta nos autos que a Paciente foi denunciada, como incursa nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, por expor à venda, ter em depósito, trazer consigo e guardar 3 (três) porções de maconha, com peso bruto de 207,200g (duzentos e sete gramas e duzentos miligramas), e 2 (duas) porções de cocaína (*crack*), com peso bruto de 0,250g (duzentos e cinquenta miligramas).

Sobreveio sentença que a condenou às penas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, no regime inicial fechado, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, pela prática do delito disposto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, com o reconhecimento da causa de diminuição da pena descrita no § 4.º do art. 33 da mesma Lei.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público para afastar o redutor do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006 e fixar a pena final em 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais 500 (quinhentos) dias-multa.

Na presente impetração, alega a Defesa que a fundamentação utilizada pela Corte *a quo* no sentido de que a Ré se dedica à prática criminosa é inconsistente.

Afirma que a Ré preenche todos os requisitos para o reconhecimento do tráfico privilegiado.

Argumenta que o regime inicial eleito é totalmente inadequado e ilegal, porque fundamentado no art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/1990.

Requer a concessão da medida liminar para se determinar a não expedição

de mandado de prisão em desfavor da Paciente até a decisão final do presente *writ*. Subsidiariamente, requer a imediata adequação do regime inicial de cumprimento da pena para o semiaberto.

Ao final, pugna pela concessão da ordem de *habeas corpus* para o fim de aplicar a causa de diminuição da pena constante no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, com a adequação do regime prisional.

É o relatório inicial.

Passo a apreciar o pedido de provimento urgente.

Inicialmente, o pedido de não expedição de mandado de prisão em desfavor da Paciente não pode prosperar. Referido pleito nada mais é do que a pretensão de suspensão de execução provisória da pena.

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o ARE n.º 964.246 RG/SP, julgado sob o regime da repercussão geral, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria no sentido de que "[...] *a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal*" (ARE 964.246 RG, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, DJe de 25/11/2016).

Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se extrai do seguinte julgado:

> "*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO CULPOSO DA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. REGIME INICIAL SEMIABERTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. CABIMENTO. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
>
> *1*. [...].
>
> *3*. ***Ante o esgotamento das instâncias ordinárias - como no caso -, de acordo com entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE n. 964.246, sob a sistemática da repercussão geral, é possível a execução da pena depois da prolação de acórdão em segundo grau de jurisdição e antes do trânsito em julgado da condenação, para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos constitucionais por ele tutelados.***
>
> *4. Agravo regimental não provido*." (AgRg no AREsp

> 1.058.790/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 09/08/2018; sem grifos no original.)

Dessa forma, na hipótese, considerando que a Defesa não comprovou que a jurisdição ordinária não se exauriu, ao menos no presente juízo de cognição sumária, não há como obstar eventual cumprimento provisório da pena.

Quanto ao regime prisional, todavia, o pedido urgente encontra fundamento.

Rememoro que, em poder da Paciente, foram apreendidas 3 (três) porções de maconha, com peso bruto de 207,200g (duzentos e sete gramas e duzentos miligramas), e 2 (duas) porções de cocaína (*crack*), com peso bruto de 0,250g (duzentos e cinquenta miligramas), tendo o Juiz de primeiro grau, na sentença, estabelecido o regime inicial fechado, sob a seguinte motivação (fls. 26-27; sem grifos no original.):

> "***O entendimento deste juízo é no sentido de que a pena deverá ser cumprida inicialmente no regime fechado. Ademais, é incompatível outro regime, pois se trata de crime equiparado a hediondo, portanto, de extrema gravidade****, uma vez que causa dependência física e psíquica, atingindo inúmeros usuários, provocando perda de emprego, o envolvimento em outras espécies delitivas para aquisição destas drogas, venda de bens, inclusive de familiares, para satisfação do vício, acarretando efeitos deletérios para a sociedade. Assim, o regime inicial de cumprimento de pena só pode ser o fechado.*"

Por sua vez, o Tribunal estadual, ao afastar a figura do tráfico privilegiado, manteve o regime mais gravoso, nestes termos (fls. 37-40; sem grifos no original.):

> "***No caso em tela, a fixação do regime mais gravoso para o início do desconto da pena privativa de liberdade se impõe pela quantidade e natureza altamente lesiva de parte da droga apreendida (03 porções de maconha, com peso líquido de 203,500 gramas, e 02 porções de crack, com peso líquido de 0,150 gramas, cf. fls. 37/38), a atrair a incidência do art. 42 da Lei de Tóxicos.*** *Há precedentes da E. Corte Superior: HC 278676/MS 6ª T. rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura j. 24.10.2013; HC 222994/SP 6ª T. rel. Min. Marilza Maynard, Des. convocada do TJ/SE j. 24.10.2013; HC 278530/SP 5ª T. rel. Min. Marco Aurélio Bellizze j. 22.10.2013.*
>
> ***Outrossim, relevante observar o texto legal dos arts. 33, §3º e 59, ambos do Cód. Penal, sem olvidar a natureza da infração e os males que ela provoca no seio social, devendo o infrator experimentar repercussões objetivas acerca da censurabilidade de sua conduta.***
>
> *Tais circunstâncias concretas são expressamente adotadas como razões de decidir pelo C. Superior Tribunal de Justiça para dar maior*

rigor ao tratamento penal dos crimes tipificados na Lei n° 11.343, de 23 de agosto de 2.006, conforme se extrai dos termos do Informativo Jurisprudencial n° 541, de 11 de junho de 2.014:

[...]

O art. 33, §3º do Cód. Penal remete ao art. 59, do mesmo texto, para eleição do regime de cumprimento das penas, o qual, aliás, traz em seu bojo as consequências do delito como elemento informador.

*Sem dúvida, o juiz não pode desprezar as regras de experiência comum (*praesumptiones hominis*), ou seja, a ordem normal das coisas. A experiência comum é aquele conhecimento adquirido pela prática e pela observação do quotidiano. Nesse sentido há manifestações da doutrina e da jurisprudência (cf. José Frederico Marques, Elementos de Direito Processual Penal, 1ª ed., Bookseller, 1997, vol. II, § 95, item 525, pág. 346, nota 9; Guilherme de Souza Nucci, Código de Processo Penal Comentado, 10ª ed., 2011, art. 239, item 4, págs. 544-5; Guilherme Madeira Dezem, Da Prova Penal, 1ª ed., Millennium, 2008, cap. IV, item, 12.2, págs. 272; STF, 2ª T., HC 70.344/RJ, rel. Min. Paulo Brossard, RTJ, 149/521; STJ, 6ª T., HC 15.736/MG, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU, 23/04/01, pág. 189; LexSTF, 182/356; RT, 673/357, 711/378, 728/543, 744/602, 748/599, 758/583, 769/602 e 854/654: RJDTACrimSP, 5/167, 6/137, 7/105, 16/133, 25/324 e 28/209) (...)".*

Guardadas as devidas proporções, outorgar regime mais brando brindaria aquele que contribuiu decisivamente contra a ordem e saúde públicas com benefício que não se acha devidamente posto na lei do ponto de vista teleológico."

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.)

Na hipótese, verifico que o regime apropriado é o **semiaberto**, conforme ditame do art. 33, § 2.º, alínea *b*, do Código Penal, segundo o qual "*o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto.*".

Ante o exposto, DEFIRO PARCIALMENTE o pedido liminar para assegurar à Paciente o cumprimento da pena no regime inicial semiaberto até o julgamento definitivo deste *writ*, se por outro motivo não estiver presa em regime mais gravoso.

Oficie-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça de 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), 15 de abril de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora