

**HABEAS CORPUS Nº 548.601 - SP (2019/0356981-2)**

**RELATORA** : MINISTRA LAURITA VAZ  
**IMPETRANTE** : GUILHERME JOSE VIEIRA CHIAVEGATO  
**ADVOGADO** : GUILHERME JOSE VIEIRA CHIAVEGATO - SP366341  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : PRISCILA APARECIDA DE SOUZA ROSA (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de PRISCILA APARECIDA DE SOUZA ROSA, em que se aponta como Autoridade Coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 1500386-28.2019.8.26.0571).

Consta dos autos que o Paciente foi preso em flagrante, em 08/06/2019, porque trazia consigo e guardava, para fins de tráfico, "2,55g (*dois gramas e cinquenta e cinco centigramas*) de cocaína, dividida em 15 (*quinze*) porções, acondicionadas em microtubos plásticos e 19,19g (*dezenove gramas e dezenove centigramas*) de cocaína na forma de 'crack'" (fl. 40).

Em primeiro grau, foi condenada à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no mínimo legal, por infração ao art. 33, *caput*, c.c. o § 4º, da Lei n.º 11.343/2006.

Foi-lhe concedido o apelo em liberdade.

O Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso defensivo, em acórdão assim ementado (fl. 53):

*"TRÁFICO DE DROGAS – Autoria e materialidade comprovadas – Depoimentos dos policiais que estão em consonância com os demais elementos de convicção colhidos – Condenação mantida – Regime inicial fechado fundamentadamente imposto.  
APELO DESPROVIDO."*

No presente *writ*, afirma o Impetrante que (fl. 5):

*"a respeitável autoridade coatora, fixou o regime inicial fechado, baseando tão somente gravidade genérica do crime de tráfico*

*de drogas e sua potencialidade lesiva, ou seja, trazendo um desvio de regime inicial da pena sabendo que não é o compatível com sua pena, inclusive com as circunstâncias de um primário de bons antecedentes, bem como contrariando a posição das cortes superiores."*

Aduz que a Paciente é mãe de 5 crianças menores de 12 anos que necessitam de seus cuidados.

Busca, assim, assim, em sede liminar e no mérito, a imediata transferência do Paciente para o regime aberto ou domiciliar.

É o relatório. Passo a decidir o pedido urgente.

A pretensão liminar deve ser deferida, por estarem configurados a plausibilidade jurídica do pedido e o perigo da demora.

Na hipótese, apesar da fixação da pena-base no mínimo legal e da minorante em seu patamar máximo, o Juízo de primeira instância fixou o regime fechado porque *"único que se mostra compatível com a gravidade do delito e sua potencialidade lesiva"* (fl. 51).

O Tribunal de origem manteve o regime inicial fechado sob a seguinte fundamentação (fl. 58):

*"No tocante ao regime, é entendimento sedimentado nesta Câmara que o regime prisional fechado, imposto por texto expresso de lei, é o único compatível com a gravidade do delito praticado."*

Cumprе ressaltar que conforme o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, *"o tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos"* (HC n.º 118.533/MS, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, publicado em 19/09/2016).

Ainda que assim não fosse, em 27 de junho de 2012, o Tribunal Pleno da Suprema Corte, no julgamento do HC n.º 111.840/ES, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, declarou incidentalmente, por maioria, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90 (redação dada pela Lei n.º 11.464/2007) e afastou a obrigatoriedade apriorística de se fixar o regime inicial fechado para os condenados por tráfico ilícito de drogas.

Assim, independentemente do caráter hediondo do crime, deve o julgador, ao

fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Na hipótese, verifica-se que a Ré é primária, a pena-base foi fixada no mínimo legal e a pena definitiva foi estabelecida em *quantum* inferior a 4 (quatro) anos de reclusão. Assim, considerando a pena definitivamente fixada, as circunstâncias judiciais favoráveis e a inexistência de grande quantidade de droga apreendida, o regime inicial de cumprimento de pena seria o **aberto**, não o fechado. Com igual conclusão, cito o seguinte precedente:

*"HABEAS CORPUS. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. SÚMULA N.º 719 DO STF.*

*1. Fixada a pena em seu mínimo legal, inferior a 4 (quatro) anos, não sendo caso de reincidência, e não havendo circunstância judicial desfavorável, tal como reconheceu o acórdão impugnado, não há falar em adoção do regime inicial semiaberto, **se o próprio paradigma legal permite a adoção do regime inicial aberto** (art. 33, § 2º, c e § 3º c/c art. 59, CP).*

*2. Incidência da Súmula nº 719 do STF: 'A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.'*

*3. Ordem concedida.*

*4. Extensão da ordem, de ofício, ao corrêu." (STF, HC 83.613/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, DJe 30/04/2004; sem grifos no original.)*

Nesse contexto, em face da excepcionalidade do caso em exame, DEFIRO o pedido liminar para assegurar à Paciente o cumprimento da pena imposta no regime inicial aberto, com as condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções, até o julgamento definitivo deste *writ*.

Oficie-se, com urgência, ao Tribunal de origem e ao Juízo de primeiro grau.

Dispensar as informações.

Remetam-se os autos ao Ministério Público Federal para manifestação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 28 de novembro de 2019.

Ministra LAURITA VAZ  
Relatora