

HABEAS CORPUS Nº 536.999 - SP (2019/0295713-6)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : IVANESIO DE OLIVEIRA SANTOS
ADVOGADO : IVANESIO DE OLIVEIRA SANTOS - SP342280
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO MENDES DA SILVA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS NA MODALIDADE PRIVILEGIADA. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE. APLICAÇÃO DE CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA NO PATAMAR MÁXIMO. PENA FINAL QUANTIFICADA EM UM ANO E OITO MESES DE RECLUSÃO. PACIENTE SEGREGADO PREVENTIVAMENTE DURANTE MAIS DE OITO MESES DURANTE A INSTRUÇÃO. CABÍVEL O REGIME INICIAL ABERTO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de DIEGO MENDES DA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação n.º 0000858-03.2017.8.26.0530.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado, **em 04/12/2017**, às penas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, **em regime inicial fechado**, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 (fl. 16), pois teria sido surpreendido com 197,29g (cento e noventa e sete gramas e vinte e nove decigramas) de "cocaína", acondicionadas em 4 (quatro) pedras de "crack" (fl. 438). **Foi negado o apelo em liberdade.**

O Paciente estava segregado desde o dia 01/04/2017 e, em 20/12/2017, a Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA deferiu o pedido liminar formulado no HC n.º 517.445/SP para determinar a sua imediata soltura. A decisão liminar foi confirmada no julgamento do mérito (DJe 06/04/2018).

Inconformado com a fixação do regime prisional fechado, o Condenado

interpôs recurso de apelação, que foi desprovido pelo Colegiado estadual em 31/01/2019 (fls. 432-447).

Neste writ, o Impetrante sustenta, em suma, que o Paciente "*permaneceu preso desde a data do fato, qual seja, 01/04/2017 até 20/12/2017, perfazendo um total de pouco mais de 08 meses*" e, com base no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, bem como no art. 33, § 2º e § 3º, do Código Penal, faz jus ao regime aberto para o início do cumprimento da pena.

Requer, em liminar e no mérito, a concessão da ordem para "*determinar que o regime inicial para cumprimento da pena seja em regime aberto*" (fl. 7).

O pedido liminar foi deferido "*para determinar que o Paciente seja colocado, até o julgamento final deste writ, no regime aberto, com as condições a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução, se por outro motivo não esteja em regime mais gravoso*" (fl. 503).

Foram prestadas informações às fls. 508-537 e 540-577.

O Ministério Público Federal opinou pelo não cabimento do *habeas corpus* (fls. 582-583).

É o relatório.

Decido.

A fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena aplicada deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal. Quanto ao crime de tráfico de drogas, deve-se, ainda, considerar a preponderância das circunstâncias judiciais do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

Portanto, anoto que não há violação dos Verbetes Sumulares n.ºs 440 desta Corte Superior e 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal quando a fixação do regime prisional é baseada na gravidade concreta do delito.

Na hipótese em apreço, o Tribunal de origem manteve a fixação do regime inicial fechado, com base nos seguintes fundamentos (fl. 16, sem grifos no original):

"Anota-se, por fim, que o regime fechado, fixado para o início de cumprimento da pena, é o único possível em face das circunstâncias concretas do fato em tela: trata-se de tráfico de expressiva quantidade

de droga altamente perniciosa (crack), praticado com contornos de habitualidade, o que acentua a censurabilidade que recai sobre a conduta."

Verifica-se que a Corte de origem apresentou fundamentação concreta para a fixação de regime prisional mais gravoso. Todavia, no caso, considerando a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a primariedade, a aplicação da causa especial de diminuição de pena no patamar máximo de 2/3 (dois terços), a pena definitivamente fixada – 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão –, **bem como o fato de que o Paciente permaneceu segregado preventivamente durante mais de oito meses**, mostra-se cabível, em observância aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, a fixação do regime inicial aberto, conforme o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Cito o seguinte precedente, *mutatis mutandis*:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PACIENTE PRIMÁRIA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. WRIT CONCEDIDO PARA FIXAR O REGIME INICIAL ABERTO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, pois está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior.

2. **Não se justifica a imposição de regime inicial fechado a paciente primária, condenada à pena reclusiva de 1 ano e 8 meses, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, em razão da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, fazendo jus a paciente ao regime aberto, em atenção ao disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c 59, ambos do Código Penal, mesmo que tenha sido apreendida uma grande diversidade de drogas, a quantidade de 21,8g de maconha, 2,3g de crack e 34,8g de cocaína não se mostra relevante.**

3. **Agravo regimental improvido.**" (AgRg no HC 515.775/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2019, DJe 09/10/2019, sem grifos no original.)

Ante o exposto, **CONCEDO** a ordem de *habeas corpus* para, confirmada a decisão liminar, determinar que o Paciente seja colocado no regime aberto, com as condições a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução, caso por outro motivo não esteja em regime

Superior Tribunal de Justiça

mais gravoso.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora