HABEAS CORPUS Nº 501.794 - SP (2019/0092099-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	:	ÉRICA LEONI EBELING - SP323262
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	SANDRA MARA APARECIDA VALICE (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de SANDRA MARA APARECIDA VALICE no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que a paciente foi condenada ao cumprimento da pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, de piso mínimo, como incursa no art. 33, *caput* e § 4°, da Lei n. 11.343/2006.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi desprovido nos termos do acórdão de e-STJ fls. 15/18.

Na presente impetração, a defesa assere que, "não obstante, o privilégio do art. 33, §4º da Lei 11.343/06 foi aplicado no *quantum* de 1/6, sob a justificativa genérica de que 'dada a atividade exercida pelo réu, a qual acarreta sérios danos à incolumidade pública, bem como a considerável quantidade e diversidade de drogas apreendidas'. Ora, tal fundamentação destoa dos elementos do caso concreto uma vez que a quantidade de drogas encontrada com o paciente não alcança TRÊS gramas" (e-STJ fl. 4).

E ainda assevera que "é evidente a ofensa às súmulas 718 e 719 do STF, pois a gravidade abstrata do delito não pode fundamentar a fixação de regime inicial mais gravoso do que o permitido por lei" (e-STJ fl. 5).

Diante disso, requer a concessão de liminar, fixando-se de plano o regime inicial aberto ou semiaberto para o cumprimento da pena. No mérito, requer a convolação da tutela cautelar em definitiva, a aplicação, em sua fração máxima, da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, bem

como a fixação do regime prisional aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Subsidiariamente, postula a fixação do regime inicial semiaberto.

É, em síntese, o relatório.

A liminar em *habeas corpus*, bem como em recurso ordinário em *habeas corpus*, não possui previsão legal, tratando-se de criação jurisprudencial que visa a minorar os efeitos de eventual ilegalidade que se revele de pronto.

In casu, vislumbro a ocorrência de patente ilegalidade, o que impõe a concessão parcial da tutela cautelar pleiteada.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, por ofender a garantia constitucional de individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal). Afastou, dessa forma, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e dos demais delitos a eles equiparados.

Em tal contexto, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o Julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

Na hipótese, a Corte de origem manteve a fixação do regime inicial fechado pela condenação pelo crime de tráfico de drogas, tecendo a seguinte motivação (e-STJ fl. 17):

> *Com efeito. A recorrente trazia consigo, para fins de tráfico, diversas porções individuais de crack, substância devastadora e de alto poder viciante, de sorte que a gravidade concreta do delito, que vem causando grande intranquilidade à população ordeira, revela-se totalmente incompatível com regimes menos gravosos.*

Como se depreende da transcrição acima, a Corte de origem manteve a fixação do regime inicial fechado com alicerce apenas na gravidade em abstrato do delito de tráfico de drogas, sem indicar elementos concretos dos autos que demonstrassem a real necessidade de imposição de regime prisional mais gravoso, o que vai de encontro ao teor dos enunciados 718 e 719 da Súmula do STF, bem como do enunciado 440 da Súmula do STJ, que assim dispõem:

> *Enunciado 718/STF: A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.*
>
> *Enunciado 719/STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*
>
> *Enunciado 440/STJ: 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.*

Sob tal perspectiva, em juízo preliminar, diante dos parâmetros acima aludidos, entendo que a paciente deve ser submetida ao regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda que lhe foi imposta.

À vista de tais pressupostos, **defiro a liminar postulada** apenas para permitir que possa a paciente aguardar no regime inicial semiaberto o julgamento definitivo do presente remédio constitucional.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal impetrado, solicitando-lhe informações, bem como o envio da senha para acesso às informações processuais constantes do respectivo portal eletrônico, tendo em vista a restrição determinada pela Resolução n. 121 do CNJ.

Após, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 03 de abril de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator