HABEAS CORPUS Nº 503.817 - SP (2019/0102839-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	JULIO CESAR CAGLIUME
ADVOGADO	:	JULIO CESAR CAGLIUME - SP394986
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	JOSE EDNO SOARES

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de JOSÉ EDNO SOARES apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Ap. n. 0011700-51.2017.8.26.0624).

Consta dos autos que o paciente foi condenado a 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime fechado, e multa, como incurso no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 – "2 porções de Cannabis sativa L, vulgarmente conhecida como 'maconha', com peso bruto aproximado de [17,12g dezessete gramas e doze centigramas], 23 porções de cocaína, com peso bruto aproximado de [17,37g – dezessete gramas e trinta e sete centigramas], e 5 porções de cocaína em forma de 'crack', com peso bruto aproximado de [1,43g – um grama e quarenta e três centigramas"] – e-STJ fl. 21.

O Tribunal de origem negou provimento às apelações da defesa em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 11):

> *TRÁFICO DE ENTORPECENTES. Prova robusta de que os corréus realizavam o tráfico de drogas.*
>
> *Confissão parcial de um dos acusados, corroborada pelo relato seguro dos policiais militares que participaram da ocorrência. Diligência motivada por denúncias dando conta de que o local dos fatos (residência dos réus PAULO SÉRGIO e JOSÉ EDNO) era ponto de venda de entorpecentes, sendo PAULO SÉRGIO e LUIZ FERNANDO os "gerentes do tráfico".*
>
> *JOSÉ EDNO, por sua vez, tentou evitar a prisão do filho PAULO SÉRGIO, dificultando a atuação dos milicianos, tendo, ainda, recolhido e tentado dispensar, no banheiro da casa, as porções de entorpecentes por este jogadas ao solo. Expressiva quantia de dinheiro, em notas trocadas, encontrada tanto com LUIZ FERNANDO, quanto no quarto de PAULO SÉRGIO. Condenações mantidas. Penas que não comportam alteração. Reprimendas dos três apelantes que partiram dos patamares mínimos, assim mantidas na segunda fase, mesmo diante da confissão parcial de PAULO SÉRGIO e da menoridade relativa de LUIZ FERNANDO, não*

> *possuindo as atenuantes o condão de conduzi-las aquém do piso legal (Súmula 231, STJ). Réus beneficiados com a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Circunstâncias da abordagem e variedade de drogas apreendidas, que indicam que os acusados se dedicavam a atividades criminosas.*
>
> *Regime fechado inafastável. Inviabilidade da detração. Impossibilidade da substituição das corporais por restritivas de direitos. Recursos improvidos.*

Na presente impetração, alega a defesa ilegalidade na fixação do regime inicial e requer a aplicação do regime menos gravoso.

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.

Em juízo de cognição sumária, visualizo manifesta ilegalidade no ato ora impugnado a justificar o deferimento da medida de urgência.

Com efeito, examinando os autos, infere-se que a pena-base foi fixada no mínimo legal e que, não obstante o *quantum* da condenação, a primariedade do réu e serem favoráveis todas as circunstâncias judiciais, foi fixado o regime fechado (e-STJ fl. 37):

> *Em relação a ambos os acusados, fixo o valor do dia-multa no mínimo legal e determino que cumpram suas penas privativas de liberdade no regime inicial fechado, considerando a gravidade concreta do delito, consubstanciada pela variedade de entorpecentes de notório poder viciante e nocivo ("crack" e cocaína), com fulcro nos artigos 33 e ss. c.c. artigo 59, todos do Código Penal.*

O Tribunal de origem, por sua vez, consignou o seguinte, no ponto (e-STJ fl. 19):

> *O regime prisional foi fixado corretamente pela sentença para o inicial fechado, de acordo com a Lei nº 11.464/07, e é imodificável, sendo o mais adequado à hipótese em foco para a reprovação e prevenção do crime de gravidade diferenciada e que deixa em sobressalto a população, abala a tranquilidade social e, portanto, merece punição mais rigorosa, considerando-se, ainda, a quantidade de entorpecentes, que seriam disseminados em larga escala.*

Como é cediço, em se tratando e tráfico de entorpecentes, desde o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do HC n. 111.840/ES, inexiste a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, tendo-se determinado, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

Portanto, o regime fechado, mais severo do que aquele que a pena comporta, em princípio, foi fixado sem fundamentação idônea, afrontando o disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição da República e no enunciado 440 da Súmula do STJ, que segue transcrito: "*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*".

Nesse mesmo sentido, seguem os enunciados 718 e 719 da Súmula do STF, respectivamente:

> *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.*
>
> *A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*

Entretanto, na espécie, embora o *quantum* da condenação autorize a fixação do regime inicial aberto, verifica-se que foi adotada fundamentação com base na variedade de entorpecentes, de modo que parece prudente, ao menos nesta etapa inicial, apenas a fixação do regime intermediário – imediatamente mais severo.

Ante o exposto, **defiro a liminar** para assegurar ao paciente o direito de aguardar, no regime semiaberto, o julgamento do presente *habeas corpus*, salvo se por outro motivo estiver preso ou cumprindo pena em regime mais gravoso.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal impetrado, encaminhando-lhe o inteiro teor da presente decisão. Ressalte-se que deverá noticiar a esta Corte Superior qualquer alteração no quadro fático atinente ao tema objeto desta impetração.

Oportunamente, dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 11 de abril de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator