HABEAS CORPUS Nº 503.684 - SP (2019/0102319-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO LEONARDO NASCIMENTO DE PAULA - SP0320176
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	PAULO ROBERTO DE LIMA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de PAULO ROBERTO DE LIMA no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0008500-03.2017.8.26.0635.

Depreende-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante porque no dia 22/9/2017 trazia consigo, para o fim de entrega ilícita ao consumo de outras pessoas (venda ou qualquer outra forma de disseminação de uso), 19 (dezenove) porções de maconha (57,4 gramas) e 30 (trinta) porções de cocaína (12 gramas). Na ocasião, o paciente ainda opôs-se à execução de ato legal, mediante violência a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio, e ofendeu a integridade corporal do policial civil Fernando Alves da Silva.

Finda a instrução, o paciente foi condenado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 e no art. 329, *caput*, do Código Penal, às penas de 5 anos de reclusão e de 2 meses de detenção, em regime inicial fechado. Foi-lhe negado o direito de apelar em liberdade (e-STJ fls. 28/36).

Irresignada, a defesa apelou buscando a absolvição por insuficiência probatória e, subsidiariamente, a fixação da pena-base no mínimo legal, a aplicação do redutor prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a modificação do regime inicial para o aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Em sessão de julgamento realizada no dia 5 de dezembro de 2018, a 11ª Câmara Criminal do Tribunal *a quo*, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso para, no tocante ao tráfico, readequar a conduta do paciente para o tipo do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e reduzir a pena para 4 anos de reclusão; e, em relação ao

crime de resistência, fixar o regime inicial semiaberto (e-STJ fls. 42/51).

Opostos embargos de declaração objetivando a aplicação da causa especial de diminuição de pena na sua fração máxima, assim como a imposição do regime aberto para ambos os crimes e a substituição da pena carcerária por restritiva de direitos, por unanimidade, os pedidos foram rejeitados (e-STJ fls. 54/57).

No presente *writ*, a Defensoria Pública estadual alega que o paciente tem direito à aplicação da minorante inserta no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no seu patamar máximo, tendo em vista que não integra organização criminosa nem se dedica a atividades criminosas, assim como à fixação de regime inicial aberto para cumprimento de pena e à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Postula, liminarmente, que seja deferido ao paciente o direito de aguardar no regime aberto o julgamento do mérito do presente *writ*.

No mérito, requer a aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, na sua fração máxima, a imposição do regime inicial aberto e a conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

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.

Na espécie, verifico a presença de constrangimento ilegal apto a justificar o deferimento da medida de urgência.

Com efeito, examinando os autos, infere-se que o Tribunal de origem, ao reformar a sentença condenatória com relação à dosimetria da pena, fixou a pena-base no mínimo legal por não ostentar o paciente maus antecedentes. Com relação à redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, foi aplicada a fração de 1/5 (um quinto) em razão da quantidade, da variedade e do elevado grau de nocividade de drogas apreendidas (57,4 gramas de maconha e 12 gramas de cocaína), motivo pelo qual a pena tornou-se definitiva em **4 anos de reclusão**.

Entretanto, não obstante o *quantum* da condenação, o Tribunal *a quo*

assim fixou o regime de cumprimento da reprimenda (e-STJ fls. 48/49):

> *O regime prisional inicial fechado foi corretamente fixado, em face da natureza do crime, que revela a periculosidade concreta do agente, que com sua conduta gera instabilidade em inúmeros lares, exigindo, em consequência, resposta penal mais enérgica com a qual não é compatível solução mais branda. Nesse tópico, é sempre pertinente lembrar que os mercadores de entorpecentes criam um poder paralelo que desafia e se opõe às autoridades constituídas, destrói pessoas e famílias, subjuga comunidades inteiras, e aniquila o futuro de crianças e jovens, decorrendo de suas condutas gravíssimas consequências para a sociedade.*
>
> *Ainda, não se desconhece o teor das Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e 440 do Superior Tribunal de Justiça, mas o caso concreto, por si só, revela a total inadequação de regime mais brando.*

Como é cediço, tratando-se de 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. De mais a mais, a quantidade de droga, na situação específica dos autos (57,4 gramas de maconha e 12 gramas de cocaína), não me parece bastante a justificar a fixação do regime mais severo de cumprimento da sanção.

Nesse tear, o regime fechado, mais gravoso do que aquele que a pena comporta, foi fixado sem fundamentação idônea, afrontando o disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição da República e no enunciado 440 da Súmula desta Casa, 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 Supremo Tribunal Federal, 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.*

No caso, considerando o *quantum* da condenação (4 anos de reclusão e 2 meses de detenção) e a pequena quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas, deve ser conferido ao paciente, mesmo em juízo sumário, regime menos gravoso.

Ante o exposto, **defiro a liminar** para assegurar ao paciente o direito de aguardar no regime aberto 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.

Dispensadas as informações, dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 10 de abril de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator