HABEAS CORPUS Nº 504.439 - SP (2019/0106941-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	SERGIO AFONSO MENDES
ADVOGADO	:	SÉRGIO AFONSO MENDES - SP137370
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	JHORDAN KLYNSMANN GALVAO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de JHORDAN KLYNSMANN GALVÃO apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado a 6 anos e 3 meses de reclusão, no regime inicialmente fechado, e teve negado o direito de recorrer em liberdade, pela prática do delito inscrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fl. 15).

Segundo a acusação, o paciente foi flagrado em posse de 510g (quinhentos e dez gramas) de maconha (e-STJ fl. 18).

Interposta apelação, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso para reduzir a pena a 5 anos de reclusão, mantida no mais a sentença condenatória (e-STJ fls. 16/23).

Daí o presente *writ*, no qual pleiteia a defesa a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em seu grau máximo (e-STJ fl. 3).

Acrescenta que o paciente faz jus a regime inicial menos gravoso para o cumprimento de pena (e-STJ fl. 3).

Requer, liminarmente e no mérito, a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em seu grau máximo e a fixação de regime inicial menos gravoso (e-STJ fl. 8).

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 presente constrangimento ilegal apto a justificar o deferimento da medida de urgência.

Com efeito, examinando os autos, infere-se que o Tribunal de Justiça reduziu a pena-base para o mínimo legal e manteve, no mais, a sentença condenatória em todos os seus termos.

Entretanto, não obstante o *quantum* da condenação, a primariedade do paciente e o fato de serem favoráveis todas as circunstâncias judiciais, assim fixou o colegiado o regime de cumprimento da reprimenda (e-STJ fls. 21/22):

> *Passo a analisar as reprimendas aplicadas.*
>
> *Na primeira fase, as sanções foram fixadas acima dos padrões mínimos em razão da quantidade de droga apreendida (mais de meio quilo de maconha). Sempre respeitada a convicção do digno Magistrado sentenciante, entendo, contudo, que, apesar da elevada quantidade de entorpecente, para que não ocorra o bis in idem, tal circunstância será valorada exclusivamente na última etapa, de modo que* ***a pena-base retorna ao mínimo legal.***
>
> [...]
>
> *Sendo assim, com a diminuição na primeira etapa, restam as penas definitivas estabelecidas em 5 anos de reclusão, mais o pagamento de 500 dias-multa, com o valor unitário mínimo.*
>
> *Diante da gravidade concreta do crime, com a apreensão de razoável quantidade de entorpecentes, fica mantido o regime prisional inicial fechado, observando-se que, diante dos artigos 33, §3º, e 59, caput e inciso III, ambos do Código Penal, o Juiz pode estabelecer o regime inicial de cumprimento das sanções conforme o necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.* (Grifei.)

Como é cediço, em se tratando 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, 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, aparentemente, foi fixado sem

fundamentação idônea, afrontando o disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição da República e no enunciado n. 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 n. 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.*

No caso, considerando o *quantum* da condenação, a primariedade do paciente e o fato de não terem sido apontadas circunstâncias desfavoráveis, deve lhe ser conferido, mesmo em juízo sumário, regime menos gravoso.

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, 15 de abril de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator