HABEAS CORPUS Nº 504.051 - SP (2019/0104352-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	GUSTAVO PERES BARBOSA E OUTRO
ADVOGADOS	:	ANTONIO CARLOS ESTEVES PEREIRA - MG069777
		GUSTAVO PERES BARBOSA - MG135184
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	DIONISIO BORGES DOS SANTOS (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de DIONISIO BORGES DOS SANTOS no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Foi o paciente denunciado pela suposta prática da conduta descrita no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006, porque, "no dia 16 de outubro de 2010, por volta das 12h00, na Rua Joaquim Afonso, defronte ao n° 500, bairro Jardim Nova Cidade, município de Severinia, nesta comarca de Olímpia**, guardava em depósito, para entrega a consumo alheio, 14 porções de pedras de *'crack'*, pesando aproximadamente 04g [quatro gramas], bem como forneceu entorpecente ao inimputável Yuri Carlos Dias Antônio, consistente em 30 porções de pedras de *'crack'*, pesando aproximadamente 08g [oito gramas]**" (e-STJ fl. 21).

Superadas as demais fases processuais, o paciente foi condenado à pena de 4 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, bem assim ao pagamento de 443 dias-multa, no valor unitário mínimo, tendo sido a ele vedado o recurso em liberdade.

Contra o édito condenatório a defesa apelou, tendo o Tribunal de origem negado provimento ao recurso (e-STJ fls 30/76).

No presente *writ*, alegam os impetrantes, em síntese, que: "evidencia-se a ilegalidade patente da decisão que, primeiro, não afasta a hediondez do delito, vide entendimento predominante na jurisprudência nacional, inclusive nesse Colendo Superior Tribunal de Justiça, e, num segundo momento, quando nega a possibilidade de fixação de regime prisional diverso do fechado exclusivamente em decorrência das disposições da Lei nº 8.072/90, assim como a negativa de substituição da pena privativa de liberdade

pelo mesmo motivo" (e-STJ fl. 16).

Por isso, requerem, inclusive liminarmente, seja fixado regime inicial de cumprimento da pena diverso do fechado, bem como substituída a sanção corporal por medidas restritivas 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 presente constrangimento ilegal apto a justificar o deferimento da medida de urgência.

Com efeito, examinando os autos, infere-se que o Tribunal de Justiça manteve 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. 73/75):

> *Por fim, o regime inicial de cumprimento de pena para o réu deverá ser mesmo o fechado, uma vez que a Lei n. 8.072/90, em seu art. 2º, § 1º, prevê expressamente que o regime inicial de cumprimento de pena para os crimes nela previstos será o fechado, medida esta estabelecida em perfeita harmonia com o tratamento diferenciado e mais rígido conferido pela própria Constituição Federal aos crimes hediondos e equiparados (art. 5º, XLIII).* [...]
>
> *Outrossim, as circunstâncias do caso em tela revelam, mormente pela natureza lesiva e potencialmente letal da substância entorpecente encontrada, "crack", ser desse modo que ele conseguia o seu sustento, sendo que esse é o tipo de substância entorpecente que reclama, para a sua produção, a posse de um laboratório especializado, o que não consta ser possuído pelo réu, razão que se impunha, mesmo, o regime prisional mais gravoso. Não bastasse, a quantidade e a forma de acondicionamento da droga apreendida, bem como, as circunstâncias da apreensão da droga estão a impor, ainda com maior razão, o regime prisional fechado.*

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 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