HABEAS CORPUS Nº 503.563 - SP (2019/0101369-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		WESLEY SANCHES PINHO - SP331671
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	WILKER FERNANDO DE SOUZA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de WILKER FERNANDO DE SOUZA apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Os autos dão conta de que o paciente foi condenado, por infração ao art. 33, *caput*, c/c o § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime fechado, além do pagamento de 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa (e-STJ fls. 174/180), isso porque ele "*guardava e mantinha em depósito, para fins de tráfico, em uma praça e perto de escola pública, 0,26g de cocaína (02 porções) e 7,28g de crack (32 pedras)"* (e-STJ fl. 174).

Inconformadas, a defesa e a acusação apelaram. O Tribunal de origem negou provimento a ambos os recursos em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 280):

> *TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - RÉU QUE GUARDAVA E MANTINHA EM DEPÓSITO, PARA FINS DE TRÁFICO, PORÇÕES DE COCAÍNA E CRACK - DEPOIMENTOS DOS AGENTES DA LEI EM SINTONIA COM O ACERVO PROBATÓRIO, A MERECER CREDIBILIDADE - TRAFICÂNCIA COMPROVADA - CONDENAÇÃO MANTIDA.*
>
> *TRÁFICO COMETIDO NAS PROXIMIDADES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO E AFINS - PROVAS INSUFICIENTES DE QUE TAIS LOCAIS ERAM OS ALVOS DO RÉU - MAJORANTE CORRETAMENTE AFASTADA. RECURSOS MINISTERIAL E DEFENSIVO NÃO PROVIDOS.*

No presente *writ*, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo afirma que "*quando aplicado o redutor do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 não se pode considerar hediondo o crime de tráfico de drogas"* (e-STJ fl. 4) e que, "*tendo sido consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, não há razão a justificar o estabelecimento do regime fechado"* (e-STJ fl. 6).

Invoca o enunciado das Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal

Federal (STF) e 440 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), asseverando que "*o simples fato de o coacto ter sido condenado pelo cometimento de tráfico privilegiado não enseja o estabelecimento do regime fechado pela gravidade em abstrato do delito"* (e-STJ fl. 6) e que "*quando a pena-base é fixada em seu grau mínimo, não pode ser estabelecido o regime de cumprimento de pena mais severo com fundamento na gravidade do delito"* (e-STJ fl. 7).

Alega que, "*se o regime inicial correto para o cumprimento da sanção reclusiva imposta ao paciente é o aberto, não há motivos para a prisão do coacto"* (e-STJ fl. 7).

Sustenta, ainda, que "*o coacto tem direito à substituição da pena carcerária por restritivas de direitos, porquanto houve a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006"* (e-STJ fl. 8) e que, no caso, "*a fundamentação utilizada para negar a substituição da reprimenda é, data venia, absolutamente inidônea, pois fulcrada na gravidade abstrata do delito e despojada de qualquer dado concreto da conduta imputada ao paciente"* (e-STJ fl. 9).

Por isso, requer, liminarmente, que "*seja determinada a imediata soltura do paciente"* (e-STJ fl. 10) e, no mérito, que, além de ser fixado o regime aberto como sendo o de início de cumprimento da reprimenda, a pena privativa de liberdade seja substituída por restritiva de direitos (e-STJ fls. 3/11).

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, isso porque, não obstante o *quantum* da condenação, a primariedade do réu e o fato de serem favoráveis todas as circunstâncias judiciais – tanto que a pena-base foi fixada no mínimo e a causa especial de redução de pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, foi aplicada em sua máxima fração –, o Juízo de primeiro grau assim fixou o regime inicial de cumprimento de pena (e-STJ fl. 178):

> *Ausentes causas modificadoras, torno a reprimenda definitiva, devendo seu cumprimento operar-se, de início, no REGIME FECHADO (praticou-se crime de tráfico, de natureza grave, que*

> *atinge indistinto universo de pessoas, afetadas direta e pessoalmente por tão grave conduta, que abala sobremaneira o equilíbrio social. E com a inclinação do réu à prática de crimes desse naipe, se solto, há probabilidade de que volte a ofender a ordem pública estabelecida e, assim, por ora, revela-se pernicioso seu convívio com a sociedade, devendo cumprir pena em regime mais gravoso, para que possa se adequar às regras do bom convívio social)*

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve o regime inicial de cumprimento tal como fixado na sentença à base da seguinte fundamentação (e-STJ fls. 283/284):

> *O regime inicial fechado era mesmo o único adequado e suficiente ao caráter preventivo e repressivo da carcerária, sendo inviável o abrandamento. Isso porque, as circunstâncias em que cometido o delito, com o comércio de variedade de entorpecentes em ponto de tráfico, evidenciam que desconto menos severo não seria retribuição suficiente à conduta praticada nos autos.*
>
> *E não se olvide que a traficância é mola propulsora da criminalidade que assola o país, uma vez que o usuário, na ânsia de sustentar seu vício, pratica toda sorte de delitos, abalando consequentemente toda a sociedade.*

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.

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 Superior Tribunal de Justiça, 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, 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.*

E, na espécie, considerando o *quantum* da condenação (1 ano e 8 meses de reclusão), a primariedade do paciente e o fato de não terem sido apontadas circunstâncias desfavoráveis, deve-lhe ser conferido, em princípio, o regime aberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º, *c*, e 3º, do Código Penal.

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