HABEAS CORPUS Nº 506.441 - SP (2019/0117346-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE	:	ANDERSON ANTONIO CAETANO E OUTROS
ADVOGADOS	:	THIAGO VINICIUS RODRIGUES - SP317257
		ANDERSON ANTONIO CAETANO - SP382449
		HENRIQUE CESAR RODRIGUES - SP355136
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	SAMUEL APARECIDO SANDY CAETANO (PRESO)

DECISÃO

SAMUEL APARECIDO SANDY CAETANO alega ser vítima de coação ilegal em decorrência de decisão proferida por Desembargador do **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** que indeferiu a liminar do HC n. 2099732-56.2019.8.26.0000.

Busca-se, por meio deste *writ*, seja fixado ao paciente o regime aberto e determinada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos autos do processo em que foi condenado à reprimenda de 1 ano e 8 meses de reclusão, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

A liminar foi por mim deferida, nos termos da decisão de fls. 167-169, "para assegurar ao paciente que aguarde no regime aberto o julgamento final deste habeas corpus, se por outro motivo não estiver cumprindo a reprimenda em regime mais gravoso".

Diante da suficiente instrução dos autos, foi dispensada a solicitação de informações à autoridade apontada como coatora.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem.

Decido.

De acordo com o explicitado na Constituição Federal (art. 105, I, "c"), não compete a este Superior Tribunal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão denegatória de liminar, por desembargador, antes de prévio pronunciamento do órgão colegiado de segundo grau.

Em verdade, o remédio heroico, em que pese sua altivez e

grandeza como garantia constitucional de proteção da liberdade humana, não deve servir de instrumento para que se afastem as regras de competência e se submetam à apreciação das mais altas Cortes do país, em poucos dias, decisões de primeiro grau às quais se atribui suposta ilegalidade, **salvo se evidenciada, sem necessidade de exame mais vertical**, a apontada violação do direito de liberdade do paciente.

Somente em tal hipótese a jurisprudência, tanto do STJ quanto do STF, admite o excepcional afastamento do rigor da Súmula n. 691 do STF (aplicável ao STJ), expressa nos seguintes termos: "Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar."

O Juiz sentenciante considerou devida a imposição do regime inicial **fechado**, "em razão da gravidade do delito e da razoável quantidade de droga" (fl. 13).

No caso, embora o Magistrado haja justificado a imposição do regime inicial fechado com base nas peculiaridades do caso concreto – especificamente na quantidade de drogas apreendidas –, e não obstante tal elemento constitua, de fato, circunstância **idônea** a ser sopesada no momento da escolha do regime de cumprimento de pena, entendo que a fixação de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da pena imposta se mostra, **no caso**, **excessivamente gravoso**, haja vista que a quantidade de substâncias apreendidas com o paciente foi pequena, qual seja, **24 porções de cocaína.**

Assim, uma vez que o paciente era tecnicamente primário ao tempo do delito, possuidor de bons antecedentes, teve a pena-base fixada no mínimo legal, foi condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão e foi agraciado com a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 – a qual visa, justamente, a beneficiar o "traficante ocasional" –, considero ser devida a imposição do **regime inicial aberto**, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.

Pelas mesmas razões anteriormente expostas, não vejo como concluir que a substituição da pena não seja medida socialmente recomendada, ex vi do disposto no art. 44, III, do Código Penal, de maneira que deve ser concedido o habeas corpus também para determinar a substituição da reprimenda privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, as quais deverão ser estabelecidas pelo Juízo das Execuções

Criminais, à luz das peculiaridades do caso concreto.

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **concedo a ordem**, para estabelecer ao paciente o regime inicial aberto de cumprimento de pena e determinar a substituição da reprimenda por duas restritivas de direitos, a serem escolhidas pelo Juízo das Execuções Criminais, nos autos da condenação objeto do Processo n. 1500132-37.2019.8.26.0286.

Comunique-se, com urgência, o inteiro teor desta decisão às instâncias ordinárias para as providências cabíveis.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 14 de junho de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**