HABEAS CORPUS Nº 503.278 - SP (2019/0100088-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO ALINE TOYAMA SHIRAKI - SP330200
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	RAFAEL DOS SANTOS LIMA (PRESO)

DECISÃO

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de RAFAEL DOS SANTOS LIMA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0018432-87.2018.8.26.0050).

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, pela prática do delito tipificado no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (tráfico privilegiado), às penas de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual deu parcial provimento ao recurso em acórdão que recebeu a seguinte ementa (fls. 20/32):

> *"APELAÇÃO - Tráfico de drogas privilegiado (artigo 33, § 4º, da Lei n° 11.343/2.006) - Sentença condenatória - Apelação do Réu - Defesa requer (1) que a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n° 11.343/2.006, se dê à razão máxima de 2/3 (dois terços); (2) a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos; e, (3) a fixação de regime inicial aberto para cumprimento da pena corporal, em detrimento do fechado - Descabimento - Aplicação da minorante prevista no artigo 33, §4°, da Lei n° 11.343/2.006, no patamar máximo - Impossibilidade - Redução à razão mínima de 1/6 (um sexto) bem motivada na natureza, variedade e grande quantidade dos entorpecentes (259 porções individuais de "cocaína", com peso total líquido de 157,8g, e 640 porções individuais de "maconha", com peso total líquido de 1,945,9g). Circunstâncias que, inclusive, sequer autorizariam a aplicação da benesse, mas que, por ausência de recurso ministerial e em observância ao princípio da "non reformatio in pejus", fica mantida - Fração de mitigação que se mostra acertada, na hipótese cm apreço - Precedentes do TJSP, cm casos análogos - Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - Impossibilidade - Medida que se revela insuficiente à reprovação e prevenção do crime - Abrandamento do regime prisional - Impossibilidade - Pena que deve ser cumprida em regime inicial fechado, levando em conta a gravidade do crime praticado - Sentença*

condenatória mantida - RECURSO IMPROVIDO.”

Daí o presente *writ*, no qual o impetrante pondera que o regime prisional fechado foi fixado com base na gravidade abstrata do delito, considerando que a pena foi fixada no mínimo legal e que o paciente é primário e sem maus antecedentes. Invoca o Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte e os Enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Afirma que o regime adequado para o caso em tela é o semiaberto.

Requer a concessão da ordem, já em liminar, com a fixação do regime prisional mais brando.

É o relatório.

Decido.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável o processamento do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

No caso, ao menos em juízo perfunctório, não é possível identificar de plano o constrangimento ilegal aventado ou, ainda, a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, elementos autorizadores para a concessão da tutela de urgência.

Confundindo-se com o mérito, a pretensão deve ser submetida à análise do órgão colegiado, oportunidade na qual poderá ser feito exame aprofundado das alegações relatadas após manifestação do *Parquet*.

Por tais razões, **indefiro o pedido de liminar**.

Oficie-se à autoridade coatora, bem como ao juízo de primeiro grau a fim de solicitar-lhes as informações pertinentes, a serem prestadas, preferencialmente, por meio eletrônico, e o envio de senha para acesso ao processo no *site* do Tribunal, se for o caso.

Após, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal para parecer.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 09 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator