HABEAS CORPUS Nº 504.378 - SP (2019/0105873-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	CRISTIANO MEDINA DA ROCHA E OUTRO
ADVOGADOS	:	CRISTIANO MEDINA DA ROCHA - SP184310
		PAULO BARCELLOS PANTALEAO - SP408404
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	KAYAN ASSIS DI MISCIO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de KAYAN ASSIS DI MISCIO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0069612-16.2016.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 (e-STJ fls. 34/41).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi improvido (e-STJ fls. 42/47), em acórdão assim ementado:

> *TRÁFICO DE ENTORPECENTES. Negativa dos réus isolada no quadro probatório e infirmada pelas circunstâncias da abordagem, diversidade e quantidade de drogas apreendidas. Condenações mantidas. Aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, no percentual da metade, que já beneficiou os réus e não comporta modificação. Regime semiaberto imutável diante do conformismo do órgão ministerial. Impossibilidade da substituição das corporais por restritivas de direitos. Apelos improvidos, com determinação.*

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 3/22), os impetrantes sustentam que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois manteve sentença que recrudesceu o regime prisional e negou a substituição da pena com base na suposta hediondez e na gravidade abstrata do delito, critérios que reputam inidôneos. Asseveram, ademais, que a diversidade das drogas apreendidas, referidas pelo Juízo sentenciante, não é circunstância suficiente para o recrudescimento do regime ou para negar a substituição da

pena, tendo em vista que foi apreendida ínfima quantidade de entorpecentes.

Ao final, formulam pedido liminar para que o regime inicial seja alterado para aberto, além da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. No mérito, pede a concessão da ordem para *o fim de revogar a prisão preventiva do paciente* (e-STJ fl. 22).

É o relatório. **Decido**.

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Ademais, o pedido principal – revogação da prisão preventiva – não possui correlação com as razões apresentadas – supostas ilegalidades no estabelecimento do regime prisional e na negativa de substituição da pena –, o que revela deficiência de fundamentação. Em contrapartida, o pedido liminar foi coerentemente deduzido e nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente, quando do julgamento do mérito da impetração.

Na espécie, verifico presente constrangimento ilegal apto a justificar o parcial deferimento da medida de urgência.

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, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal.

Além disso, a Terceira Seção desta Corte, em 23/11/2016, ao julgar a Petição n. 11.796/DF, cancelou o enunciado n. 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, firmando tese no sentido de que o tráfico ilícito de drogas, na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), não é crime equiparado a hediondo.

No caso, embora o Juízo sentenciante tenha fixado a pena do paciente em 2 anos e 6 meses de reclusão e multa, estabeleceu o regime inicial

semiaberto com base na seguinte fundamentação (e-STJ fl. 40):

> *Na espécie, não obstante a previsão do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, de rigor a fixação do regime inicial semiaberto, considerando não se tratar de grande quantidade de droga, bem como o fato de que os acusados exercem atividade lícita, ou seja, encontram-se ressocializados.*
>
> *Todavia, não é hipótese de fixação de regime mais brando, conforme acima referido, diante da cadeia de delitos que envolve o tráfico de entorpecentes, como ocorreu in casu, de modo que se tornaria inócua a pena acaso se fixasse regime mais brando.*

O regime prisional fixado na sentença foi mantido, conforme segue (e-STJ fls. 46/47):

> *Do mesmo modo, os acusados foram bastante beneficiados com a fixação do regime semiaberto para o cumprimento inicial das privativas de liberdade, nada obstante a natureza do delito de tráfico, equiparado aos hediondos, a respeito do que nada pode ser feito nesta instância diante do conformismo ministerial.*
>
> *Vale destacar que o delito de tráfico de entorpecentes é equiparado a hediondo, nos termos do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, sem qualquer ressalva, e do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, e tal nomenclatura ("tráfico de entorpecentes") também engloba, obviamente, a conduta para a qual é aplicada a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, mesmo porque tal dispositivo traz apenas isso, ou seja, uma causa especial de diminuição de pena, aplicável, como expressamente menciona, aos delitos tipificados no caput e no § 1º do mesmo artigo 33, e não prevê crime diverso daquele.*

Assim, o regime inicial semiaberto, mais severo do que a pena aplicada comporta, a princípio, foi estabelecido sem motivação, o que afronta o disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição da República e a Súmula 440/STJ, que segue transcrita: "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 as Súmulas n. 718 e 719/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.*

Portanto, na espécie, tratando-se de paciente primário, condenado a pena que não excede 4 anos de reclusão e com circunstâncias judiciais favoráveis, inclusive a quantidade não expressiva dos entorpecentes apreendidos – 0,2g de LSD e 2,2g de maconha –, deve ser-lhe conferido o regime aberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º, *c*, e 3º, do Código Penal.

Lado outro, entendo que o juízo sumário, próprio dessa fase processual, não é sede adequada para a apreciação do pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sendo suficiente, para fazer cessar o constrangimento ilegal ora verificado, a adequação provisória do regime prisional.

Ante o exposto, **defiro a liminar, em parte**, para assegurar ao paciente o direito de aguardar, no regime aberto, o julgamento do presente *habeas corpus*, salvo se por outro motivo estiver preso ou cumprindo pena em regime mais gravoso.

Comunique-se, com urgência, o Tribunal impetrado e o Juízo de primeiro grau, solicitando-lhes informações, inclusive o envio da senha para acesso aos dados processuais constantes do respectivo portal eletrônico, tendo em vista a restrição determinada pela Resolução n. 121 do CNJ.

Oportunamente, dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal.

Intimem-se.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator