HABEAS CORPUS Nº 516.350 - SP (2019/0175853-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO LUCAS SOARES E SILVA - MS021528
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	WESLEY AILTON DE OLIVEIRA ELIAS (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de WESLEY AILTON DE OLIVEIRA ELIAS, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 0004102-16.2018.8.26.0073).

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 333 dias-multa, pela prática de delito tipificado no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de entorpecentes privilegiado).

Em sede de apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo ministerial e deu parcial provimento ao recurso da defesa para reduzir a pena imposta ao paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa, mantendo-se no mais a sentença. Determinou-se a expedição do mandado de prisão em desfavor do paciente, vencido o prazo para embargos de declaração (fls. 67/81).

No presente *mandamus*, ressalta a defesa as circunstâncias judiciais favoráveis do paciente e assevera que a gravidade abstrata do delito não constitui justificativa plausível para a imposição do regime mais gravoso. Invoca, nesse sentido, o entendimento firmado nas súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e 440 deste Superior Tribunal de Justiça. Diz que o tráfico privilegiado não é crime hediondo.

Afirma, ainda, ser possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Requer, assim, em liminar e no mérito, a fixação de regime inicial aberto, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, determinando-se a expedição de alvará de soltura ou contramando de prisão.

É o relatório.

Decido.

In casu, mesmo em juízo perfunctório, é possível identificar de plano o constrangimento ilegal aventado, bem como a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, elementos autorizadores para a concessão da tutela de urgência.

Evidencia-se o constrangimento ilegal consubstanciado na imposição do regime inicial fechado, considerando a primariedade do paciente, a quantidade não expressiva de droga apreendida (11,200 gramas de maconha), a redução da pena em razão da minorante prevista no § 4º do art. 33, da Lei de Drogas, no seu patamar máximo, e o *quantum* da pena aplicada de 1 ano e 8 meses de reclusão, ao menos em juízo perfunctório de delibação não exauriente, não se mostra justificada a imposição do regime fechado.

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME.* ***PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO****. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. NEGATIVA EM VIRTUDE DA QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *- O Supremo Tribunal Federal, por sua primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.*
>
> *- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.*
>
> *- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.*
>
> ***- Considerando que a pena foi fixada em 2 anos e 6 meses de reclusão, pela primariedade do acusado e a análise favorável***

> ***dos vetores do art. 59 do Código Penal, mas, por outro lado, tendo em vista a não aplicação da minorante no patamar máximo de 2/3, em razão da quantidade da droga apreendida, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.***
>
> *- Quanto à substituição, verifica-se que as circunstâncias do caso concreto não recomendam. De fato, embora o quantum de pena fixado seja inferior a 4 anos, preenchendo, portanto o requisito objetivo, o Tribunal a quo ressaltou que se trata de tráfico de quantidade e variedade significante de entorpecentes (cocaína, crack e maconha) o que evidencia a gravidade concreta da conduta.*
>
> *- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto* (HC 316.543/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 30/03/2016).

Por tais razões, **defiro o pedido de liminar** apenas para assegurar ao paciente que aguarde em regime **aberto** o julgamento do presente *mandamus*.

Oficie-se, com urgência, a autoridade coatora, bem como o juízo de primeiro grau para adoção das providências cabíveis e, também, para prestar as informações pertinentes.

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

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 17 de junho de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator