

HABEAS CORPUS Nº 483.213 - SP (2018/0328980-2)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNO GIRADE PARISE - SP272254
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VINICIUS DOS SANTOS BATISTA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de VINICIUS DOS SANTOS BATISTA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0054866-12.2017.8.26.0050).

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (tráfico privilegiado).

Interposta apelação pela acusação, o Tribunal deu parcial provimento ao recurso para afastar a substituição da pena e fixar o regime inicial fechado (fls. 25/37).

No presente *writ*, a impetrante alega, em síntese, que a primariedade do paciente, as circunstâncias judiciais favoráveis e o *quantum* de pena, permitem a fixação do regime aberto e a substituição da pena por restritiva de direitos.

Requer, em liminar e no mérito, a concessão da ordem nesses termos.

O pedido liminar foi deferido às fls. 41/42 para "*conceder o regime inicial semiaberto, até o julgamento do mérito deste habeas corpus*".

Dispensadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem (fls. 47/51).

É o relatório.

Decido.

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio (cf.: HC 358398/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe

09/08/2016).

Por outro lado, diante das particularidades do caso concreto, entendo ser possível a concessão da ordem, de ofício, para alteração do regime inicial de cumprimento da pena, ante a existência de flagrante desrespeito ao Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte.

Confirmam-se, aliás, os seguintes trechos do acórdão impugnado:

[...]

Por outro lado, tem razão o Ministério Público quando se insurge contra a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. As peculiaridades do caso concreto e as circunstâncias que envolvem a prática do crime não propiciam esta substituição. Não obstante beneficiado com a redução de pena acima estabelecida, há aspectos na conduta do acusado que a tornam especialmente reprovável, distanciando-a de conduta mais simples, pois este, demonstrando convicção na prática criminosa, comercializava os tóxicos em lugar público e movimentado, já conhecido como ponto de venda de drogas. Ademais, vendia cocaína, que, como já dito, é entorpecente de alta potência e especialmente nocivo. Além disto, a quantidade de narcóticos apreendidos está longe de ser desprezível, tratando-se de cem porções de cocaína, com peso líquido de 98,1g (noventa e oito gramas e um centigrama). E, conforme se verificou, a droga já estava fracionada em doses individuais, prontas para a venda. Tal postura revela planejamento, dolo mais intenso e desenvoltura na atuação delitiva, demandando resposta penal à altura, que afaste a sensação de impunidade que, em casos quejandos, seria propiciada por mera substituição da sanção prisional.

Com efeito, no caso concreto ora em tela, está ausente o requisito subjetivo inarredável para a substituição da sanção privativa de liberdade, mesmo porque entendimento diverso afrontaria o princípio da suficiência da pena, consagrado no art. 44, III, parte final, do Código Penal. Ou seja, só se admite a substituição se a reprimenda restritiva de direitos se mostrar suficiente para punir a conduta, o que, aqui, como visto, não se configura, pois o comportamento do réu não pode ser considerado singelo ou de modesto potencial lesivo, nem comparado ao de quem pratica infração de menor importância.

[...]

Mas, conforme já analisado, no presente caso concreto, não se vislumbra essa excepcional leveza de conduta, que autorize especial brandura, para substituição da pena de prisão por restritiva de direitos (e, pelos mesmos motivos, evidentemente não se pode cogitar de sursis).

[...]

Logo, descabe substituição da pena privativa de liberdade e o regime prisional apropriado é o fechado, diante das já

detalhadamente descritas particularidades da hipótese concreta, mais uma vez invocadas. Com efeito, à guisa de justificativa quanto à adequação deste regime, reiteram-se todas as considerações já expostas acima, acerca da conduta do réu e dos matizes específicos do caso, que é despicendo repetir. (fls. 30/34)

Embora a pena não tenha ultrapassado 4 anos, o regime semiaberto mostra-se mais adequado à maior gravidade do delito, evidenciada pela natureza da droga apreendida – cocaína. Tal elemento afasta também a possibilidade de substituição da pena por restritivas de direitos.

Quanto ao tema, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL INTERMEDIÁRIO. [...] ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

In casu, em razão de as circunstâncias judiciais serem favoráveis (art. 59 do Código penal - CP), de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e de a pena aplicada ser inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, alínea "c", do CP), caberia a fixação do regime inicial aberto. Todavia, a diversidade, natureza e variedade dos entorpecentes (art. 42 da Lei n. 11.343/06) - 59 pinos de cocaína (37,8 gramas), 13 pacotes plásticos que continham pinos de plástico de crack (234,5 gramas), 1.297 papelotes plásticos de maconha (3,942 gramas) e 19 embalagens plásticas de maconha (3.030 gramas) - é fundamentação idônea para justificar a imposição do regime inicial mais gravoso, mas que, no caso é o semiaberto, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do CP e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

[...]

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto, bem como determinar que o Juízo das Execuções considere a possibilidade da detração. (HC 384.990/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 04/09/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA

PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA QUE JUSTIFICA A FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA (1/2) UTILIZADA. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM O BENEFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719 do STF.

- Nos termos do entendimento firmado por esta Corte Superior de Justiça, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais severo. Na hipótese, o acórdão recorrido fundamentou a necessidade do regime fechado com base na quantidade e na nocividade da droga apreendida.

- Embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos (pena de 2 anos e 6 meses de reclusão), cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, fazendo jus o paciente ao regime intermediário, qual seja, o semiaberto. Precedentes desta Corte.

- Ainda que o quantum de pena fixado seja inferior a 4 (quatro) anos, a quantidade e a nocividade do entorpecente apreendido não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto. (HC 309.921/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 13/04/2016)

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS NATUREZA. PREVISÕES LEGAIS DECLARADAS INCONSTITUCIONAIS PELO STF. FUNDAMENTO TAMBÉM COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (99 INVÓLUCROS CONTENDO APROXIMADAMENTE 20 GRAMAS DE COCAÍNA). FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO. FUNDAMENTO CONCRETO PARA A FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO - O SEMIABERTO - E NÃO O FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL

EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. *Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar tanto a imposição do regime mais severo, quanto o indeferimento da substituição das penas, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada. Precedentes.*

4. *Embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos - 2 anos e 6 meses - cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, fazendo jus o paciente ao regime semiaberto.*

5. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva. (HC 338.541/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 07/12/2015).*

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto, confirmando a liminar deferida.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator