HABEAS CORPUS Nº 494.193 - SP (2019/0047393-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO LEANDRO DE CASTRO GOMES - MG110528
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ISMAEL PEDRO DOS SANTOS

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ISMAEL PEDRO DOS SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0011962-66.2015.8.26.0625).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, e multa, com substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, incidente a minorante prevista no § 4º do mesmo artigo (e-STJ fls. 121/139).

Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, o qual foi parcialmente provido para reduzir a pena em menor extensão, pelo privilégio do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, razão pela qual a pena do paciente foi redimensionada par 3 anos de reclusão e multa, além de alterar o regime prisional para inicial fechado e cassar a substituição da pena (e-STJ fls. 184/188).

Em consulta ao sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, verifico que a defesa do paciente impetrou *habeas corpus* nesta Corte, o qual foi autuado como HC 381.080/SP, oportunidade em que a execução provisória foi obstada antes do exaurimento das instâncias ordinárias.

Após, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 143.176/SP, anulou o acórdão proferido em sede de apelação para determinar que o Tribunal local estabelecesse o regime prisional e verificasse a

possibilidade de substituição da pena com observância dos critérios previstos nos arts. 33 e 44 do Código Penal.

A Corte de origem proferiu acórdão no sentido de manter o regime inicial fechado e negar a substituição da pena (e-STJ fls. 216/219).

Os subsequentes embargos de declaração opostos pela defesa foram rejeitados (e-STJ fls. 221/223).

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 3/14), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois manteve o regime inicial fechado e negou a substituição da pena sem fundamentação idônea. Afirma que o redutor foi aplicado, a condenação não é superior a 4 anos de reclusão, o paciente é primário e as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis, razão pela qual faz jus ao regime aberto e à substituição da pena.

Ao final, formula pedido liminar para que o cumprimento da pena imposta ao paciente seja suspenso e, no mérito, pede a concessão da ordem para que o regime prisional seja alterado para aberto, além da substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

É o relatório. **Decido**.

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

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

Afinal, segue a motivação apresentada pela Corte local, ao proferido novo acórdão em sede de apelação, para manter o regime inicial fechado (e-STJ fls. 218/219):

> *Analisando novamente os autos, conforme a determinação do C. Supremo Tribunal Federal, entendemos que o apelante não*

> *preenche os requisitos necessários ao ingresso em regime penal menos gravoso e não preenche os pressupostos autorizadores da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos.*
>
> *Em recente decisão, o mesmo Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que "A quantidade e/ou natureza de drogas apreendidas constitui elemento idôneo para justificar a imposição de regime mais gravoso, de acordo com o disposto no art. 42 da Lei de Drogas e no art. 33, §3º, do Código Penal - CP (...)" (STJ - HC 414347 / SP - Ministro JOEL ILAN PACIORNIK - DJe 21/02/2018).*
>
> *O Apelante trazia consigo considerável quantidade de drogas, tanto assim que não mereceu o redutor máximo previsto no §4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06.*
>
> *As drogas traficadas pelo apelante, o crack e a cocaína, são de natureza extremamente nociva.*
>
> *Portanto, face à natureza das drogas envolvidas, com base no atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, de acordo com o disposto no art. 42 da Lei de Drogas e no art. 33, §3º, do Código Penal, ficam mantidos o regime inicial fechado e a negativa de incidência da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.*

Dessa forma, extrai-se que o recrudescimento do regime prisional possui base em fundamentação concreta e idônea, qual seja, a expressiva quantidade e a natureza especialmente deletéria dos entorpecentes apreendidos.

Entretanto, a princípio, a quantidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos – 18,75g de crack e 118g de cocaína –, sopesados na terceira fase da dosimetria, somente justificam o estabelecimento do regime inicial semiaberto, tendo em vista que o paciente é primário e a condenação não excede 4 anos de reclusão.

Ante o exposto, **defiro a liminar, em parte,** para assegurar ao paciente o direito de aguardar, no regime semiaberto, 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), 20 de fevereiro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator