HABEAS CORPUS Nº 483.584 - SP (2018/0331430-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO FELIPE AUGUSTO PERES PENTEADO - SP0273113
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	NATANAEL ESTEVAN DA COSTA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio e com pedido de liminar impetrado em favor de **NATANAEL ESTEVAN DA COSTA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O paciente foi condenado às penas de 3 anos e 4 meses de reclusão em regime fechado e ao pagamento de 333 dias-multa, por ter incorrido no delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação no Tribunal de origem, o qual foi julgado em acórdão assim ementado:

> "TRÁFICO DE ENTORPECENTES - Configuração. Materialidade e autoria demonstradas. Depoimento dos policiais militares em harmonia com o conjunto probatório. Negativa do réu isolada. Apreensão de razoável quantidade e variedade de entorpecentes (65 eppendorfs contendo cocaína, com peso de 28,5 gramas; e 43 pedras de crack, com peso de 4,9 gramas) - Desclassificação para uso próprio. Impossibilidade Condenação mantida. PENAS e REGIME DE CUMPRIMENTO - Bases nos mínimos Manutenção do redutor do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 (1/3). Ausência de recurso do Ministério Público (vedada a reformatio in pejus) - Regime inicial fechado - Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito (CP, artigo 44, III) -Detração penal. Descabimento. Competência do Juízo da Execução -Apelo desprovido."

Neste *writ*, a defesa sustenta existência de constrangimento ilegal consubstanciado na ausência de fundamentação idônea para imposição do regime fechado, fixado na sentença, ocasionando grave violação às Súmulas n. 718 e 719 do STF.

Alega que o paciente se encontra preso desde o dia 4/10/2017 (1 ano e 2 meses), motivo pelo qual já deveria ter progredido ao regime aberto.

Requer a concessão de liminar para que o paciente aguarde em liberdade o julgamento deste *writ*.

No mérito, pugna pela concessão definitiva da ordem para que seja estabelecido o modo aberto como o inicial para o cumprimento da sanção corporal.

Liminar deferida (e-STJ, fls. 35-37).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 45-47).

É o relatório.

Decido.

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal pacificaram o entendimento de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

In casu, as instâncias ordinárias, ao procederem à dosimetria da pena imposta em razão da prática do delito previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, consideraram favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal.

Registrou-se ainda, além da inexistência de maus antecedentes, o fato de o paciente ser primário. Por isso, foi aplicada a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, de modo que a pena definitiva restou fixada em 3 anos e 4 meses de reclusão.

Apesar disso, fixou-se, com fundamento apenas na gravidade abstrata do delito, o regime fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, o que ofende o regime legal estabelecido pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, e viola os entendimentos das Súmulas n. 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenação por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Estabelecida a pena definitiva em 3 anos e 4 meses de reclusão (detraindo o tempo em que o paciente permaneceu preso), verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime aberto é o suficiente e adequado para a reprovação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.

Nesse sentido, confira-se este julgado:

> "*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO. ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
>
> 1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.
>
> 2. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das

> circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal – CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo, de acordo com o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. *In casu*, em razão da primariedade do paciente, do *quantum* de pena aplicado, inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, *'c'*, do CP), da inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP), bem como da fixação da pena-base no mínimo legal, o regime a ser imposto deve ser o aberto. Precedentes.
> 3. A quantidade e/ou natureza dos entorpecentes é fundamentação idônea para justificar a vedação da substituição da pena por medidas restritivas de direitos, de acordo com o disposto no inciso III do art. 44, do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.
> Na hipótese, constata-se que, o Tribunal *a quo* fundamentou a vedação da substituição da pena por restritiva de diretos com base na gravidade concreta do delito, revelada pela variedade de drogas apreendidas.
> *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, ratificando a liminar anteriormente deferida, fixar o regime inicial aberto para cumprimento de pena." (HC 379.637/SP, rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, j. 16/2/2017, DJe 24/2/2017.)

Pelas mesmas razões acima expostas (primariedade do agente e circunstâncias judiciais favoráveis), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de execução. O STJ e o STF entendem que não existe óbice na Lei de Drogas para a concessão do citado benefício, quando preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal (HC 377.765/SP, rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, j. 6/6/2017, DJe 13/6/2017).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo** a ordem de ofício, para que o paciente possa cumprir a pena em regime aberto, determinando ao Juízo das execuções penais que avalie a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Publique-se. Intime-se.

Comunique-se ao TJSP e ao Juízo de primeiro grau o teor desta decisão.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Após o trânsito em julgado, arquivem-se os autos

Brasília, 19 de fevereiro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator