HABEAS CORPUS Nº 503.039 - SP (2019/0099013-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO DANIELE CRISTINA DO NASCIMENTO SILVA PICHININ - SP316106
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	IGOR PEREIRA ZUBAVICIUS (PRESO)

DECISÃO

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de IGOR PEREIRA ZUBAVICIUS, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0000902-55.2018.8.26.0540.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado em primeiro grau pela prática do delito tipificado no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas privilegiado), à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 166 dias-multa.

O Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso de apelação da defesa, mantendo *in totum* a sentença condenatória, em acórdão acostado às fls. 18/25.

No presente *mandamus*, a defesa se insurge contra a fixação de regime fechado, sendo que o réu é primário, bons antecedentes, foi beneficiado com o patamar máximo da minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas e a pena foi menor que 4 anos. Invoca o enunciado da Súmula n. 440/STJ. Afirma também fazer jus o paciente à substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Requer, assim, em liminar e no mérito, a fixação do regime aberto para o cumprimento da pena do paciente, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

É o relatório.

Decido.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as

alegações expostas na inicial, razoável o processamento do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

No caso, mesmo em juízo perfunctório, é possível identificar de plano haver configurado constrangimento ilegal no que se refere ao regime de cumprimento de pena, bem como a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, elementos autorizadores para a concessão da tutela de urgência.

As instâncias ordinárias, na fixação do regime prisional, destacaram, *in verbis*:

> ***sentença:***
>
> *Considerando que o tráfico de entorpecentes é um delito equiparado aos hediondos, de gravidade inquestionável, pois assombra todas as famílias brasileiras e desintegra grande parte delas, para cumprimento da reprimenda fixo o REGIME FECHADO, nos exatos termos do art. 2º, §1°, da Lei 8.072/1990* (fl. 29).
>
> ***acórdão:***
>
> *O regime prisional fixado para o início do cumprimento da reprimenda deve mesmo ser o fechado, seja por expressa previsão legal no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, seja pela gravidade e hediondez do crime. Além disso, a imposição de regime prisional mais gravoso, mesmo com a aplicação indevida do esdrúxulo redutor especial, é uma necessidade social, reflexo de um juízo de valor da sociedade que clama por maior rigor da resposta estatal na reprimenda desse mal, especialmente em se tratando de crime de tamanha nocividade ao meio, como é o caso do tráfico de drogas, ainda mais em se considerando as circunstâncias fáticas essenciais (Réu desocupado que comercializava considerável quantidade de entorpecentes variados).*
>
> *De outra parte, a fixação do regime inicial fechado, em cotejo com a quantidade da sanção penal estabelecida, não representa ofensa à regra da proporcionalidade, como já destacou o Superior Tribunal de Justiça (HC n° 331.685-SP, rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., j. em 23.02.2016)* (fls. 21/22).

Vê-se que o regime inicial fora fixado exclusivamente em razão da gravidade abstrata e hediondez do delito, providência vedada pela jurisprudência desta Corte Superior.

Dessa forma, em hipóteses como a delineada nos autos, pena inferior a 4 anos de reclusão, réu primário e pena-base no mínimo legal, este Superior Tribunal de

Justiça tem orientação sedimentada no sentido de que o regime inicial a ser fixado, considerando as peculiaridades do caso concreto – variedade e natureza da droga apreendida (100,1 gramas de maconha, acondicionados em 26 invólucros de plástico; 15,5 gramas de *crack*, acondicionados em 78 invólucros de plástico do tipo eppendorf; 35,8 gramas de cocaína, acondicionados em 40 invólucros de plástico, do tipo eppendorf), é o intermediário nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.

Nesse sentido:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990. FUNDAMENTO INVÁLIDO. DISPOSITIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. RECURSO EM LIBERDADE. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. PREJUDICADO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido 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.*
>
> *2. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.*
>
> ***3. Estabelecida a pena definitiva em 2 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão e valorado negativamente as circunstâncias do delito (concurso de agente e natureza e variedade da droga apreendida - crack e cocaína), o regime prisional semiaberto (o imediatamente mais grave segundo o quantum da sanção aplicada) é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.***
>
> *4. Noticiado o trânsito em julgado da condenação, o exame da legalidade da prisão cautelar fica superado.*
>
> *5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de oficio, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade* (HC 343.884/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 21/03/2016).

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

observação de ser necessário adequar a prisão com o modo de execução intermediário ora aplicado, salvo se, por outro motivo, estiver segregado em regime mais gravoso.

Oficie-se à autoridade coatora, bem como ao Juízo de primeiro grau para adoção das providências cabíveis, na ocasião, solicitem-lhes as informações pertinentes, a serem prestadas, preferencialmente, por meio eletrônico, e o envio de senha para acesso ao processo no *site* do Tribunal, se for o caso.

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

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 08 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator