HABEAS CORPUS Nº 497.218 - SP (2019/0065778-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO FELIPE DE CASTRO BUSNELLO - SP324728
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ALEX SANDRO DIOGO FILHO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ALEX SANDRO DIOGO FILHO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0002527-76.2017.8.26.0535).

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 inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, incidente a minorante prevista no § 4º do mesmo artigo (e-STJ fls. 61/66).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi improvido (e-STJ fls. 78/82).

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 3/26), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois manteve o regime inicial fechado e negou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos sem fundamentação idônea. Afirma que o paciente é primário, possui circunstâncias judiciais favoráveis e foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, razão pela qual faz jus ao regime aberto e à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Em relação ao regime prisional, suscita tese subsidiária no sentido de que o tempo de prisão provisória deveria ter sido computado para efeito de estabelecimento do regime prisional, conforme estabelece o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a alteração do regime inicial para aberto, além da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e, subsidiariamente, o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação.

O pedido liminar foi parcialmente deferido (e-STJ fls. 87/90), apenas para assegurar ao paciente o direito de aguardar, no regime aberto, o julgamento do presente *habeas corpus.*

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 160/165, opinou pela concessão da ordem de *habeas corpus* de ofício, nos termos da seguinte ementa:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. REGIME PRISIONAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PRIMARIEDADE E BONS ANTECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.*
>
> *1. É pacífica a jurisprudência no sentido de que não deve ser conhecido o habeas corpus impetrado como substitutivo de recurso, cabendo, porém, a verificação da existência de flagrante ilegalidade que justifique a concessão da ordem, de ofício.*
>
> *2. A decisão que fixa o regime mais rigoroso e indefere a substituição da pena corporal por restritiva de direitos com base, unicamente, na gravidade abstrata do delito, é manifestamente teratológica, passível de ser corrigida, de ofício.*
>
> *3. A determinação do regime inicial de cumprimento da pena deve ser feita com observância dos critérios previstos no artigo 59, do Código Penal.*
>
> *4. Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus, mas pela concessão da ordem, de ofício, para fixar, em favor do paciente, o regime inicial aberto e substituir-lhe a pena corporal por restritiva de direitos, ratificando-se a liminar deferida nos presentes autos.*

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 a concessão da ordem de oficio.

Consta dos autos que o paciente é primário e foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão e multa, com análise favorável das circunstâncias judiciais, sendo fixado o regime inicial fechado pelos seguintes fundamentos (e-STJ fls. 64/65):

> *Em se tratando de delito equiparado a hediondo, o regime inicial para o cumprimento de pena é o fechado, justificável não só ante a latente gravidade do crime, fomentador de tantas outras práticas ilícitas como também pelo fato de os demais regimes não se mostraram adequados, até porque o réu já ostenta envolvimento com o tráfico quando tinha 16 anos, conforme por ele mesmo admitido, o que importa em reconhecer que a fixação de regime mais brando serviria como estimulo à reiteração de condutas ilícitas.*

O Tribunal *a quo* manteve o regime prisional estabelecido na sentença com base nas seguintes assertivas (e-STJ fl. 81):

> *O regime inicial fechado era mesmo de rigor e fica mantido, pois, sob o prisma da suficiência, é o único compatível com o delito de tráfico de entorpecentes, que tantas mazelas sociais tem proporcionado, uma vez que se trata de crime que fomenta outras espécies de ilícitos penais, provoca a degradação do indivíduo e da família brasileira, desvia a juventude da busca de objetivos lícitos e produtivos em favor do bem comum, tudo em troca de um único escopo, o lucro do traficante. Quem promove este sistema e estimula a degradação alheia, merece repreensão severa.*
>
> *[...]*
>
> *Some-se, ainda, na escolha do regime mais gravoso, a natureza nociva da cocaína, pois em recente decisão o 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).*

Assim, o regime mais gravoso foi estabelecido e mantido com base na gravidade abstrata do delito, que seria equiparado a hediondo, além da quantidade e natureza do entorpecente apreendido.

Entretanto, como é cediço, em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexiste a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal.

Além disso, a Terceira Seção desta Corte, em 23/11/2016, ao julgar a Petição n. 11.796/DF, cancelou o enunciado n. 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, firmando tese no sentido de que o tráfico ilícito de drogas, na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), não é crime equiparado a hediondo.

Por fim, embora a natureza da droga apreendida seja especialmente deletéria – cocaína –, a quantidade não é expressiva – 15,17g –, razão pela qual o recrudescimento do regime prisional não possui lastro em motivação idônea.

Dessa forma, tratando-se de réu primário, com análise favorável das circunstâncias judiciais, condenado a pena não superior a 4 anos de reclusão, além da não expressiva quantidade de entorpecente apreendido, o paciente faz jus ao regime inicial aberto.

Do mesmo modo, atendendo o paciente aos requisitos do art. 44, do CP, constitui coação ilegal a não substituição da pena na espécie, motivo pelo qual promove-se a substituição da sanção corporal por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo juiz singular.

Nessa linha:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO.* ***TRÁFICO DE DROGAS. CUMPRIMENTO INICIAL EM REGIME FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. SÚMULA 444/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA.*** *HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.*
>
> *[...]*
>
> *2. Nos termos da Súmula 440 desta Corte, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". Aplicação, também, dos verbetes n. 718 e 719 do STF.*
>
> ***3. No caso, estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão, sendo primário o agente e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, sobretudo quando considerada a não expressiva quantidade de drogas apreendidas - 1 porção de maconha (17,770 g), 2 pinos de cocaína (1,61 g) e 3 pedras de crack (2.07 g), a teor do disposto no art. 33, § 2º, "c", do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas.***
>
> ***4. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.***
>
> *5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos da sentença proferida no Juízo de primeiro grau. (HC 354.398/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 17/05/2016, DJe 25/05/2016)*
>
> *[...]*
>
> *FRAÇÃO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI DE DROGAS. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO QUE NÃO SE REVELA EXPRESSIVA. POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA SANÇÃO EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO*

> *LEGAL.* ***POSSIBILIDADE DE ESTABELECIMENTO DE MODO MENOS GRAVOSO PARA O RESGATE DA SANÇÃO RECLUSIVA E A SUA PERMUTA POR REPRIMENDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA****. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.*
>
> *[...]*
>
> *3.* ***Tratando-se de condenado à pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, primário e de bons antecedentes, com quem foi apreendida quantidade de substâncias entorpecentes que não se revela expressiva ou elevada, impõe-se o estabelecimento do regime aberto para o cumprimento inicial da reprimenda privativa de liberdade, bem como a sua substituição por sanções restritivas de direitos.***
>
> *4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena imposta ao paciente para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, e pagamento de 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, fixando-se o regime inicial aberto para o cumprimento da sanção reclusiva, e substituindo-a por reprimendas restritivas de direitos consistentes na prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana. (HC 363.239/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 20/10/2016, DJe 26/10/2016)*

Ante o exposto, com base no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno do STJ, **não conheço** do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem, de ofício**, para confirmar a liminar anteriormente deferida e fixar o regime aberto, bem como para determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a critério do Juízo das Execuções Penais.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília/DF, 05 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator