HABEAS CORPUS Nº 485.746 - SP (2018/0342166-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	ANTONIO CARLOS MACHADO JUNIOR
ADVOGADO	:	ANTÔNIO CARLOS MACHADO JÚNIOR - SP209836
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ANDREIA DE FATIMA SANTOS TERRA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício de ANDREIA DE FATIMA SANTOS TERRA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0001088-19.2017.8.26.0571.

Extrai-se dos autos que a paciente foi condenada à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática de delito tipificado no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (tráfico privilegiado).

Irresignada, a defesa interpôs apelação, a qual teve o provimento negado em acórdão de fls. 31/43.

No presente *mandamus*, o impetrante alega que não teria sido apresentada fundamentação válida para a imposição do regime fechado, mormente em se considerando que a pena-base foi fixada no mínimo legal. Aduz que, em razão da quantidade de pena aplicada, o regime adequado seria o aberto, conforme preceitua o art. 33, §2º, *c*, do Código Penal. Destaca fazer jus à substituição da reprimenda corporal por restritivas de direito.

Requer, em liminar e no mérito, a fixação do regime aberto com substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido de liminar foi deferido às fls. 47/48 *para que a paciente aguarde o julgamento do presente writ em regime semiaberto.*

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*, nos termos da seguinte ementa:

> *HABEAS CORPUS. PLEITO QUE DEMANDA REEXAME DE PROVAS.*
>
> *1. Sendo o writ de natureza angusta, não se presta ao reexame de fatos e provas, aspecto em torno do qual as instâncias*

ordinárias são soberanas. Assim, inadmissível o HC em que o impetrante, sob pecha de constrangimento ilegal e suposta ausência de lastro para a condenação, insiste em teses que demandam revolvimento do conjunto probatório dos autos.

Parecer pelo não conhecimento da ordem (fl. 78).

É o relatório.

Decido.

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

Conforme relatado, a controvérsia diz respeito ao regime de cumprimento de pena e à substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos.

A paciente foi condenada pela prática de tráfico privilegiado (art. 33, *caput*, e §4º da Lei n. 11.343/2006), em razão da posse de 256,2 gramas de maconha, sendo imposta pena de 1 ano e 8 meses de reclusão em regime fechado. O Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso da defesa. No que importa, eis a fundamentação do julgado:

[...]

E o regime inicial era mesmo o fechado, anotada a gravidade concreta da conduta, em face das peculiaridades já apontadas, inclusive a quantidade da droga, conduta essa que vem provocando incessante desassossego à sociedade, tanto que assemelhada às hediondas, a par de ocasionar sérios problemas de saúde pública.

Também de ser considerada a personalidade distorcida e ousada da acusada, que agia em plena residência, sem qualquer preocupação com a vigilância policial ou delação de terceiros.

Não se desconhece, por certo, o quanto decidido pelo Pretório Excelso ao ensejo do julgamento do HC 118.533/MS.

Entanto, de sopesar-se que dita decisão, a par de não unânime, foi proferida em caso específico e não possui caráter vinculante, até porque as previsões constitucional e legal da equiparação do tráfico às condutas hediondas (arts. 5 o , LXIII, e 2º "caput" da Lei 8.072/90) remanescem inalteradas.

[...]

Nesse contexto, muito menos é aplicável substituição de pena, em não sendo o benefício, no caso, socialmente recomendável.

No respeitante, acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ, HC 375.681/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe

24.02.2017).

E desta Casa de Justiça: Apelação Criminal nº 0070824-43.2014.8.26.0050, Rel. Des. Toloza Neto, 3ª Câmara, j. 07.03.2017; Apelação Criminal nº 0019379-49.2015.8.26.0050, Rel. Des. Guilherme G. Strenger, 7ª Câmara Criminal Extraordinária, j. 08.02.2017.

Em suma: mantém-se o r. édito monocrático, encampada sua motivação (art. 252 RITJ).

Nega-se provimento. Expeça-se mandado de prisão de imediato, independentemente de embargos de declaração, porque suficiente a condenação colegiada (STF - HC 126.292; ADCs 43 e 44; Repercussão Geral do ARE 964.246). (fls. 36/38).

Quanto ao regime prisional, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Por outro lado, esta Corte Superior, por ocasião do julgamento da Pet n. 11.796/DF, de relatoria da em. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, afetado ao rito dos recursos repetitivos, consignou o entendimento 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, com o consequente cancelamento do Enunciado n. 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça (Pet 11.796/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 29/11/2016).

Sedimentou-se também, nesta Corte Superior, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º do Código Penal em conjunto com o art. 42, da Lei n. 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

No caso dos autos, encontra-se evidenciado o constrangimento ilegal, pois, em razão de as circunstâncias judiciais serem favoráveis, a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, tendo sido reduzida a pena pela minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, a pena aplicada ser inferior a 4 anos, e a quantidade de droga apreendida não ter sido tão expressiva, o regime a ser imposto deve ser o aberto, de acordo com o disposto

no art. 33, §§ 2º, *c*, e 3º, do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

Nesse sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO MINISTERIAL DE QUE AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO IMPEDIRIAM A FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO.* ***PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE E QUANTUM DE PENA ESTABELECIDO INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. REGIME ABERTO.*** *AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> ***I - Na hipótese, consideradas favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, sendo primário o recorrente e o quantum de pena estabelecido não excede 4 (quatro) anos, não há razão para que não se conceda ao recorrente o regime aberto para início de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal.***
>
> *II - Ademais, não é idônea a utilização da quantidade de droga exclusivamente no momento de fixação do regime prisional, sem que tal circunstância tenha sido utilizada na primeira ou na terceira fases da dosimetria da pena Agravo regimental desprovido* (AgRg no RHC 62.627/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 15/04/2016).

> *CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ROUBO. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME SEMIABERTO.* ***PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. SÚMULA 440/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO E 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. Os fundamentos genéricos utilizados na sentença não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), contrariando a Súmula 440 deste Superior Tribunal.*
>
> ***3. Hipótese na qual o réu é primário e a pena-base corresponde ao mínimo legal, porquanto favoráveis as circunstâncias judiciais, sendo a pena definitiva inferior a 4 (quatro) de reclusão. A teor do art. 33, §§ 2º, alínea "c", e 3º, c/c o art. 59, ambos do CP, não se afigura idônea a justificativa apresentada para afastar a aplicação ao caso concreto do regime aberto para cumprimento inicial***

da pena privativa de liberdade.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de estabelecer o regime prisional aberto para o desconto da sanção corporal imposta ao paciente, salvo se por outro motivo estiver descontando pena em regime mais severo (HC 343.034/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 10/03/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). GRAVIDADE ABSTRATA E NATUREZA HEDIONDA DO DELITO. SÚMULA 440/STJ. 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.

[...]

4. 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 regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal.

5. Hipótese em que a Corte de origem fixou o regime inicial mais gravoso, com fulcro na gravidade abstrata e natureza hedionda do delito, em manifesta afronta ao entendimento firmado nas Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

6. Fixada a pena definitiva em 5 anos e 10 meses de reclusão (art. 33, caput, c/c art. 40, VI, da Lei de Drogas), verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o cabível para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal, sobretudo quando assentado no acórdão impugnado não ser expressiva a quantidade de droga apreendida.

7. Habeas corpus *não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade* (HC 369.210/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 12/12/2016).

Outrossim, quanto à substituição da pena por restritiva de direitos, registro que, no julgamento do HC n. 97.256/RS da Suprema Corte, foi reconhecida a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente

teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012, passando a admitir o referido benefício, nos termos do art. 44 do CP.

Destarte, observo que a paciente preenche os requisitos previstos no referido dispositivo, na medida em que a pena é inferior a 4 anos, é primária e as circunstâncias judiciais foram todas favoráveis, além da quantidade de droga apreendida não ter sido expressiva. Assim, cabível a substituição da sanção privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais, ante o trânsito em julgado da condenação. Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL TOTAL DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PEQUENA QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. FRAÇÃO REDUTORA DE 2/3 APLICADA. PENA REDUZIDA PARA PATAMAR INFERIOR A 4 ANOS. PEQUENA QUANTIDADE DA DROGA. PACIENTE PRIMÁRIO. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *[...]*
>
> *- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.*
>
> *- Hipótese em que as instâncias ordinárias aplicaram a fração intermediária de redução pela causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 com lastro na natureza e diversidade das drogas apreendidas, argumentos que se alinham à jurisprudência desta Corte. Todavia, apesar de o caso tratar do tráfico de dois tipos altamente nocivos de droga, a quantidade apreendida (2,6 gramas de crack e 5,3 gramas de cocaína) não foi tão elevada a ponto de justificar a fração escolhida, sendo adequada ao caso, portanto, a aplicação da redução em 2/3.*
>
> *- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados*

por crimes hediondos e equiparados.

- 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.

- No que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao analisar o HC n.

97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir tal possibilidade, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, através da Resolução n. 5/2012.

- Hipótese em que, considerando o novo montante da pena corporal, qual seja, 1 ano e 8 meses de reclusão, a primariedade do acusado e a pequena quantidade da droga apreendida, deve ser fixado, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal, o regime aberto para cumprimento da pena e substituída a pena corporal por duas medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais, ante o trânsito em julgado da condenação.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, redimensionando as penas do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, mais o pagamento de 166 dias-multa, substituída a pena corporal por medidas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais (HC 367.855/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 04/10/2016).

Por tais razões, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, permitida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito a serem especificadas pelo Juízo de Execuções, ante o trânsito em julgado da condenação.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 11 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator