**HABEAS CORPUS Nº 497.356 - SP (2019/0066412-7)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATOR** | **:** | **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK** |
| IMPETRANTE | : | DOUGLAS DOS SANTOS VIEIRA |
| ADVOGADO | : | DOUGLAS DOS SANTOS VIEIRA - SP335619 |
| IMPETRADO | : | TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE | : | SILVIA REGINA FERES DOS SANTOS |

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de SILVIA REGINA FERES DOS SANTOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou a paciente a 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito de tráfico de drogas (art. 33, § 4º, c.c. o art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/06).

O Tribunal *a quo* negou provimento à apelação da defesa.

No presente *writ*, o impetrante alega, em síntese, que a primariedade da paciente, as circunstâncias judiciais favoráveis e o *quantum* de pena permitem a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena.

Requer a concessão da ordem nesses termos, inclusive em liminar.

Medida urgente deferida conforme decisão de fls. 96/97 para conceder o regime inicial semiaberto. Parecer ministerial de fls. 102/105 pela concessão da ordem de ofício, confirmando medida liminar.

É o relatório.

Decido.

O presente *habeas corpus* não merece ser conhecido, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Contudo, passo à análise dos autos para verificar a possível existência de ofensa à liberdade de locomoção do ora paciente, capaz de justificar a concessão da ordem de ofício.

No caso, a controvérsia restringe-se ao regime prisional fixado para o início de cumprimento de pena.

No ponto, são estes os fundamentos do acórdão recorrido, *litteris*:

> *"[...]*
> *Não autorizam regime mais brando e a substituição da*

*pena de reclusão, a personalidade e o grau de culpabilidade da ré (que praticava tráfico de drogas variadas, uma delas de elevada capacidade destrutiva cocaína, no interior de estabelecimento prisional note-se que o ingresso de entorpecente cm presídio não c grave apenas por razão da natureza da substância introduzida, mas porque representa risco ao sistema da segurança do estabelecimento e porque essa burla às regras prejudica a ressocialização dos detentos).*

*Em outras palavras, a pena restritiva de direitos c o regime aberto revelam-se insuficientes para o alcance das finalidades da sanção penal.*

*Ainda quanto ao regime de pena estabelecido, o artigo 2º, § Iº, da Lei n.° 8.072/90 prevê o regime fechado para o traficante. E mesmo que se entenda que a lei autoriza a concessão do regime aberto a todos os acusados não reincidentes condenados a penas iguais ou inferiores a quatro anos (artigo 33, parágrafo segundo, do Código Penal - "As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o principio, cumpri-la em regime semiaherto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos. poderá, desde o inicio, cumpri-la em regime aberto "), no caso concreto o regime prisional estabelecido na sentença não poderia ser abrandado porque a hipótese não é de traficante inexpressivo, mas de pessoa que ingressou cm estabelecimento prisional com drogas variadas (maconha c cocaína sendo esta última de elevada capacidade destrutiva e rápido poder viciante).*

*Com efeito, as alíneas b e c do parágrafo segundo do artigo 33 do Código Penal não utilizam, como na anterior (a), o verbo dever. A opção pelo verbo poder tem o significado de caber ao magistrado a análise de cada caso específico para estabelecer o regime inicial de cumprimento da pena. Aliás, essa é a interpretação consentânea com o parágrafo 3º do mesmo artigo, que remete o julgador aos critérios do artigo 59 do Código Penal para a decisão quanto ao regime de pena.*

*[...]*

*Na espécie, regime mais ameno não é consentâneo com a gravidade concreta do crime praticado (considerando suas circunstâncias específicas mais especificamente que a ré pretendia ingressar em estabelecimento prisional com as drogas) e a natureza dos dos entorpecentes apreendidos (cocaína, que promove rápida e intensa dependência a usuários e cujo uso causa maior risco à sociedade)."* (fls. 85/87)

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.

Com efeito, sedimentou-se 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.

Assim, o regime prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Na hipótese dos autos, encontra-se evidenciado o constrangimento ilegal na fixação do regime fechado pela Corte estadual, pois, embora a primariedade da paciente e o *quantum* de pena aplicado, inferior a 4 anos, permitem, em tese, a fixação do regime aberto, a gravidade concreta do delito, evidenciada pela quantidade, variedade e natureza das drogas apreendidas – 95,77 gramas de maconha e 34,18 gramas de cocaína –, no interior de estabelecimento prisional, justifica a imposição de regime prisional mais gravoso, que no caso é o semiaberto, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/06, bem como em consonância com esta Quinta Turma .

A propósito, confiram-se:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA VEDAÇÃO LEGAL DO § 1º DO ART. 2º DA LEI N. 8.072/1990, PRECEITO QUE FOI DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. PACIENTE QUE INGRESSOU COM DROGA NO PRESÍDIO. FUNDAMENTO CONCRETO, UTILIZADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, QUE AUTORIZA A FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.*
>
> *2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.*

*111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, 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.*

*3. A teor da jurisprudência firmada por esta Corte, a definição do regime inicial não está vinculada, exclusivamente, à quantidade de pena privativa de liberdade aplicada ao réu, mas vez que devem ser consideradas, inclusive, as demais circunstâncias do caso concreto, evidenciadas pelas instâncias ordinárias.*

*4. No caso dos autos, não obstante o quantum da pena (1 ano e 11 meses de reclusão), ao fundamentar o regime mais gravoso, as instâncias ordinárias ressaltaram a gravidade concreta da conduta da paciente, que ingressou com expressiva quantidade de cocaína em presídio, a justificar a imposição do regime prisional intermediário.*

*5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto."*

(HC 332.058/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 4/11/2015).

*"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. REGIME SEMIABERTO. CRIME COMETIDO DO INTERIOR DO PRESÍDIO. MOTIVAÇÃO CONCRETA. CORRÉ QUE NÃO APELOU. SANÇÃO IDÊNTICA. EXTENSÃO DO REGIME PRISIONAL. ART. 580 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. APLICAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO. 1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento. 2. Mostra-se adequado o regime prisional semiaberto fixado ao paciente Ederson, haja vista o cometimento do crime no interior do presídio. Trata-se de questão concreta que autoriza o estabelecimento de regime prisional mais gravoso. Não se está a falar em gravidade abstrata, mas em circunstância específica dos autos. 3. Embora a paciente Letícia não tenha apelado, inexistindo, quanto a ela, manifestação do Tribunal de origem relativa ao regime prisional, vedada a supressão de instância, é de rigor a extensão do regime semiaberto fixado ao paciente Ederson, pois a pena de ambos é a mesma. 4. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para, aplicando o art. 580 do Código de Processo Penal, estender à paciente Letícia Soares de Oliveira o regime semiaberto garantido ao paciente Ederson da Rocha Ferreira."*

(HC 322.434/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 17/09/2015).

Por fim, para que a apenada seja beneficiada com a substituição da pena,

necessário se faz o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 44 do CP.

No caso dos autos, entretanto, verifico que a Corte estadual negou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos por entender que a substituição não era possível devida a natureza altamente lesiva dos entorpecentes apreendidos, e as circunstâncias específicas do crime, o que justifica a vedação da benesse, de acordo com o disposto no art. 44, inc. III, do CP.

Nesse sentido:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DO ACUSADO EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. APLICABILIDADE DO ÍNDICE EM MENOR EXTENSÃO. REGIME PRISIONAL. QUANTIA E ESPÉCIE DO ENTORPECENTE. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.*
>
> *2. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).*
>
> *3. Hipótese em que à míngua de elementos probatórios que denotem a habitualidade do paciente na prática delitiva ou ser integrante de organização criminosa, e considerando a sua primariedade e seus bons antecedentes, a quantidade da droga apreendida - 10 porções de cocaína (19,2 g) e outros 281 eppendorfs com a mesma substância (49, 1g) - não se mostram excessiva, por si só, para impedir a concessão de benefício em questão, cabendo, assim, a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração 1/2, atento aos vetores do art. 42 da referida Lei.*
>
> *4. Embora o acusado seja primário e a pena tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos de reclusão, o regime*

*semiaberto é o adequado e suficiente para o cumprimento da pena reclusiva, em decorrência da valoração negativa da quantia e da espécie da substância apreendida, na terceira fase da dosimetria, para a modulação do índice de redução do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.*

***5. Não se mostra recomendável o deferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, diante da quantidade e natureza das drogas apreendidas (art. 44, III, do CP).***

*6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/2, redimensionando a pena do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão mais 250 dias-multa, bem como para estabelecer o regime semiaberto* (HC 472.999/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 3/12/2018).

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus.* Contudo, concedo a ordem, de ofício, para fixar o regime prisional semiaberto para o início de cumprimento de pena da paciente, confirmando a medida liminar.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 11 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
Relator