HABEAS CORPUS Nº 499.984 - SP (2019/0081023-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO LUIZ ANTONIO FELIPE FRANCHITO - SP0308521
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	RHENDRIK MIQUEIAS FERREIRA ROSA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de RHENDRIK MIQUEIAS FERREIRA ROSA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0000314-65.2018.8.26.0599.

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, a 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do delito tipificado no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas privilegiado).

Irresignados, o Ministério Público e a defesa interpuseram recurso de apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso do primeiro e deu parcial provimento ao apelo defensivo, para reduzir a pena a 3 anos e 4 meses de reclusão em regime inicialmente semiaberto. O acórdão restou assim ementado:

> *Apelação criminal. Tráfico de drogas. Redutor legal específico. Regime semiaberto. Cuidando-se de traficância de pouco mais de 100 gramas de drogas ilícitas, cabe estimar o redutor legal específico do parágrafo 4" do artigo 33 da Lei 11.343/2006 na proporção de um terço (1/3), aplicando-se pena prisional não substituída, nem suspensa condicionalmente, a ser cumprida no regime inicialmente semiaberto* (fl. 41).

No presente *writ*, a impetrante sustenta, em síntese, que o ora paciente preenche todos os requisitos para a fixação do regime aberto e substituição da pena por restritivas de direitos.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 53/54).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 59/62).

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 – 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.

No caso dos autos, a impetrante busca a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O paciente foi condenado pelo Juízo de primeiro grau por tráfico de drogas privilegiado à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado. O Tribunal de Justiça *a quo*, por sua vez, deu parcial provimento ao apelo da defesa, reduzindo a pena do paciente e fixando o regime inicial semiaberto. Transcrevo, no que importa, o seguinte fragmento do acórdão, *verbis*:

> *[...] O regime prisional aplicado, por sua vez, também carece de abrandamento. As condições pessoais do réu primário, a quantidade de pena imposta e o volume de drogas apreendidos indicam a fixação do regime semiaberto, sendo certo que maior abrandamento não traduziria a devida resposta jurisdicional à extensão do ilícito perpetrado.*
> *[...]* (fls. 46/47).

Com relação 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.

É firme neste Tribunal Superior de Justiça a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal – CP. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê:

> *Súmula 440/STJ - 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.

No mesmo sentido, são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam:

> *A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.*
>
> *A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*

Ademais, 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, não encontra-se evidenciado o constrangimento ilegal na fixação do regime semiaberto pela Corte estadual, pois, embora a primariedade do 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 pela quantidade, natureza e variedade de drogas apreendidas – 64 porções de *maconha* (83g); 87 de *crack* (16,7g) e 67 de cocaína (45,2g), justifica a imposição de regime prisional mais gravoso, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal – CP e art. 42 da Lei n. 11.343/06, bem como em consonância com esta Corte Superior de Justiça. Tais elementos afastam ainda a possibilidade de substituição da pena por restritivas de direitos.

Quanto ao tema, o seguinte julgado:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06). APLICAÇÃO NA FRAÇÃO DE 1/3. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. PENA TOTAL INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS*

E RÉU PRIMÁRIO. REGIME SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. VARIEDADE, QUANTIDADE E NATUREZA LESIVA DOS ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DO REQUISITO DE ORDEM OBJETIVA PREVISTO NO ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL - CP. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. 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.

2. A aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa. Nesse contexto, na escolha do quantum de redução da pena em razão da incidência do redutor, deve-se levar em consideração a quantidade e a natureza da substância apreendida, por expressa previsão legal (art. 42 da Lei n. 11.343/06).

In casu, o Tribunal a quo fixou o patamar da redução em 1/3 com base em elementos concretos extraídos dos autos, evidenciados pela quantidade, variedade e natureza lesiva das drogas apreendidas - 32 porções de maconha (74,4g), 11 porções de cocaína (4,4g) e 27 porções de crack (6,8g) -, tudo a indicar uma maior reprovabilidade da conduta do paciente.

3. A reforma do entendimento consignado pela Corte Estadual no que se refere ao quantum de redução aplicado constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito. Precedentes.

4. Nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta nos arts. 33, §§ 2º e 3º e 59, ambos do Código Penal - CP, em conjunto com o art. 42 da Lei n.11.343/2006, que determinam a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

Na hipótese dos autos, não se encontra evidenciado o constrangimento ilegal na fixação do regime semiaberto pela Corte estadual, pois, embora a primariedade do 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, justifica a imposição de regime prisional mais gravoso, 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.

5. Incabível a substituição da pena corporal por restritivas de direito, nos termos do artigo 44, inc. III, do CP, devida variedade, quantidade e natureza lesiva dos entorpecentes apreendidos

(cocaína e crack).

6. Habeas corpus não conhecido (HC 494.337/SP, de minha Relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 28/03/2019).

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus.*

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 12 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator