

HABEAS CORPUS Nº 496.108 - SP (2019/0060825-2)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : ADRIANA APARECIDA DA SILVA
ADVOGADO : ADRIANA APARECIDA DA SILVA - PR0030707
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DOUGLAS CARVALHO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de DOUGLAS CARVALHO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0034021-27.2015.8.26.0050.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado às pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, mais pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos e uma pena de multa.

No julgamento da apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa e deu provimento ao recurso ministerial, a fim de fixar o regime inicial fechado para início do cumprimento da pena pelo réu, cassada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que o paciente possui condições subjetivas favoráveis, pois é primário e tem trabalho lícito e residência fixa e esteve em liberdade sem cometer qualquer delito.

Alega que não houve fundamentação idônea na fixação do regime prisional fechado, em desconpasso com os enunciados sumulares 719 da Suprema Corte e 440 desta Corte.

Ressalta que o acusado teria o direito a cumprir sua pena em regime inicial aberto e ter sua reprimenda substituída por restritivas de direito, o que seria mais justo no caso concreto, conforme previsto no art. 33, §§ 2º e 3º, e no art. 44, ambos do Código Penal.

Requer a concessão da ordem constitucional a fim de que seja fixado o regime inicial aberto para o início do cumprimento da pena, bem como seja substituída a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Liminar deferida, às e-STJ fls. 234-236, para determinar que o paciente seja mantido no regime aberto até o julgamento do mérito da impetração.

Informações prestadas às e-STJ fls. 245-269.

Parecer ministerial pela concessão da ordem de ofício (e-STJ fls. 271-277).

É o relatório.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, não sendo cabível a impetração de *habeas corpus* em substituição aos recursos e ações cabíveis, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DECOTE DE QUALIFICADORA. IMPOSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm admitido o habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais, quando manifesta a ilegalidade ou sendo teratológica a decisão apontada como coatora.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 467.004/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018)

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. PEQUENA QUANTIDADE. FUNDAMENTO INIDÔNEO. REGIME MAIS GRAVOSO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. DIREITO AO ABERTO. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO EM PATAMAR AQUÉM DO MÁXIMO EM RAZÃO DA NATUREZA DA DROGA. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. NEGATIVA PELA GRAVIDADE ABSTRATA. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para reduzir as penas a 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, fixando o regime aberto para o cumprimento inicial da pena reclusiva e substituindo-a por restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo juízo das execuções.

(HC 359.271/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 04/05/2017)

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

No que tange à pretensão de abrandamento do regime prisional, a Corte estadual fixou o regime fechado, tecendo as seguintes considerações:

"O regime mais adequado é mesmo o fechado, em face de

tudo quanto retro exposto (quantidade da mercadoria, petrechos, circunstâncias da prisão), tudo indicando a alta nocividade social, por parte do sentenciado.

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 normativas da equiparação do tráfico às condutas hediondas (art. 5º, XLIII, da CF e 2º "caput" da Lei 8.072/90) remanescem inalteradas.

[...]

Ademais, de ser considerada a personalidade distorcida e ousada do acusado, que praticava o ilícito em plena via pública, sem qualquer preocupação com a vigilância policial.

Não há falar, assim, em regência inicial mais benéfica, que, inclusive, retiraria a eficácia intimidante da reprimenda.

Também impensável a manutenção da substituição da física por restritivas, diante do quanto exposto, a par de não ser socialmente recomendável" (e-STJ fls. 70-71):

Do trecho acima transcrito, observa-se que a fixação do regime inicial fechado considerou apenas a gravidade em abstrato do delito, fundamento que, nos termos do reiterado entendimento adotado por este Sodalício, é insuficiente à determinação de sistema prisional mais gravoso, sobretudo quando a pena-base não ultrapassa o mínimo legal, como no caso dos autos.

A matéria, aliás, está sumulada no âmbito desta Corte, no enunciado n. 440, a saber:

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.

O Supremo Tribunal Federal também possui orientação firmada acerca do tema, cristalizada nos verbetes 718 e 719, respectivamente:

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.

Nesse norte, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. DESCABIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal, em relação ao regime de cumprimento da prisão, é uniforme no sentido de que "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" (Súmula 718/STF), e que "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea" (Súmula 719/STF).

III - "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" (Súmula n. 440/STJ).

IV - Na hipótese, verifica-se que o regime inicial fechado foi determinado tão somente com base na majorante do emprego de arma de fogo e na gravidade abstrata do delito, não tendo sido apresentado fundamento concreto para imposição de regime mais gravoso do que o cabível em razão do quantum de pena aplicado.

V - Desse modo, sendo os réus primários, fixadas as penas-base no mínimo legal e considerada como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime inicial semiaberto mostra-se mais adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para estabelecer o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena dos pacientes, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 442.914/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 08/05/2018, grifou-se)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. 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 STF, 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.

3. Com base no julgamento do HC 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art.

44, ambos da Lei n. 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime de associação para o tráfico e de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

4. Hipótese em que o regime inicial mais gravoso foi fundamentado apenas na gravidade abstrata do crime de associação para o tráfico de drogas.

5. O quantum da condenação, inferior a 4 anos, a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea c, do CP, além da substituição por restritivas de direitos.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais.

(HC 437.290/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 08/05/2018, grifou-se)

Assim, fixada a reprimenda em patamar inferior a 4 (quatro) anos e considerando-se a favorabilidade das circunstâncias judiciais, nota-se presente a ilegalidade arguida, mostrando-se viável o estabelecimento do modo aberto, nos termos do art. 33, §§ 2º, alínea c, e 3º, do Código Penal.

Em relação à possibilidade de substituição da pena, tem-se que a conversão da sanção reclusiva por restritiva de direito foi negada pelo Tribunal impetrado, no julgamento do recurso de Apelação, diante do não preenchimento do requisito legalmente exigido, previsto no art. 44 da Lei de Drogas.

De fato, as circunstâncias do delito evidenciam que, *in casu*, a negativa da permuta encontra-se justificada, pois a conversão da sanção reclusiva realmente não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito noticiado.

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO

DO AGENTE EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. APLICABILIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. 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. No caso, observa-se flagrante ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus, de ofício.

2. Nos termos do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, 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.

3. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes.

Precedentes.

4. Caso em que, embora a Corte de origem tenha se utilizado validamente dos parâmetros descritos no art 42 da Lei n. 11.343/2006 para se afastar a benesse legal, uma vez certificada a primariedade e os bons antecedentes do paciente, in casu, a quantidade de droga apreendida é insuficiente para se presumir a sua habitualidade delitiva. Readequação da pena para aplicação do índice de redução em 2/3.

5. Estabelecida a pena final em 1 ano e 8 meses e sendo desfavoráveis as circunstâncias judiciais (quantidade de droga apreendida - 505 g de maconha), o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva (art. 33, §§ 2º e 3º, e art.

59, ambos do CP).

6. Não se mostra recomendável o deferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, diante da aferição negativa da quantidade de drogas apreendidas (art. 44, III, do CP).

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 2/3, ficando a pena final em 1 ano e 8 meses de reclusão, mais pagamento de 166 dias-multa, mantido o regime inicial semiaberto.

(HC 480.996/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 01/04/2019, grifou-se)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA QUANTIDADE DO

ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS ABSTRATAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PRIVILÉGIO. PATAMAR MÁXIMO. CABIMENTO. REGIME INICIAL. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO AO NOVO QUANTUM DA PENA. REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - A via do writ somente se mostra adequada, quando não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se tratar de flagrante ilegalidade.

III - No presente caso, o magistrado processante, de forma motivada e de acordo com o caso concreto, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59, do Código Penal, considerou mormente a quantidades dos entorpecentes apreendidos com o paciente, vale dizer, 400 (quatrocentas) gramas de maconha, para exasperar a reprimenda-base, inexistindo flagrante ilegalidade a ser sanada pela via do writ. Precedentes.

IV - O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. No ponto, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

V - Na espécie, denota-se que não houve fundamentação idônea a lastrear a não aplicação da causa especial de diminuição de pena, eis que o Tribunal de origem não se debruçou acerca do caso concreto. Nesse contexto, considerando que a quantidade de droga foi utilizada para exasperar a pena-base, forçoso reconhecer a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, no seu patamar máximo. Precedentes.

VI - No que tange ao regime inicial de cumprimento de pena, cumpre registrar que o Plenário do col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado

dispositivo.

VII - Considerando a primariedade do paciente e o quantum de pena estabelecido, forçoso concluir que faz jus ao regime aberto, para início de cumprimento da pena, ex vi do art. 33, § 2º, alínea c, do Estatuto Penal, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula n. 440 desta Corte Superior.

VIII - O Pretório Excelso, nos termos da r. decisão proferida por ocasião do julgamento do HC n. 97.256/RS, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal por meio da Resolução n. 5 de 16/2/2012), permitiu a concessão da benesse aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

IX - Na espécie, considerando que o paciente detém circunstâncias judiciais desfavoráveis, tenho que, apesar de insuficientes para estabelecer o regime mais gravoso, são adequadas para afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art.44, inciso III, do Código Penal).

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para aplicar a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no seu patamar máximo, reduzindo a pena imposta para 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e 194 dias-multa, bem como fixar o regime prisional aberto, para o início e cumprimento da pena.

(HC 468.447/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2018, DJe 12/12/2018, grifou-se)

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno deste Tribunal, **não se conhece** do *habeas corpus*, contudo **concede-se a ordem de ofício**, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, a fim de alterar o regime inicial para o aberto, confirmando-se a liminar anteriormente deferida, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 11 de junho de 2019.

Ministro JORGE MUSSI
Relator