

**HABEAS CORPUS Nº 502.272 - SP (2019/0094397-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**IMPETRANTE** : ROGERIO SENE PIZZO  
**ADVOGADO** : ROGÉRIO SENE PIZZO - SP258294  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : BRUNO SANTOS PEREIRA

**EMENTA**

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. PRIMARIEDADE DO PACIENTE. PENA TOTAL SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA NÃO EXPRESSIVA. GRAVIDADE ABSTRATA E HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. PRISÃO APÓS O JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. NÃO EXAURIMENTO DOS RECURSOS ORDINÁRIOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PENDENTES DE JULGAMENTO. INVIABILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal – STF, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º 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.

3. 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 – CP, 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.

*In casu*, resta evidenciado o constrangimento ilegal na imposição do regime fechado pela Corte estadual, pois, a fixação foi em razão da hediondez e da gravidade abstrata do delito, o que vai de encontro com a jurisprudência desta Corte Superior, mormente se considerarmos que a quantidade de droga apreendida não foi elevada

(40,46g de *crack*, 12,21g de cocaína e 7,80g de maconha). Dessa forma, considerando, ainda, que o paciente é primário, bem como o *quantum* de pena aplicado (5 anos de reclusão), correta a fixação do regime **semiaberto**, de acordo com o disposto no art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

4. Este Tribunal Superior, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a admitir a possibilidade de cumprimento provisório da pena após o exaurimento das instâncias ordinárias, por ser o recurso extraordinário desprovido de efeito suspensivo.

No caso em debate, todavia, a determinação do cumprimento antecipado da pena do paciente decorre do acórdão proferido no mencionado julgamento da Apelação n. 0009047.02.2017.8.26.0196/SP, ao qual, segundo revelam as informações disponíveis no *site* do Tribunal de origem, foram opostos embargos de declaração, ainda pendentes de julgamento, fato que obsta a expedição de mandado de prisão em desfavor do apenado.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena do paciente, determinando, ainda, que o paciente aguarde em liberdade o esgotamento das vias recursais ordinárias, se por outro motivo não estiver preso.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder, de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília, 30 de maio de 2019(Data do Julgamento)

**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**

Relator