

HABEAS CORPUS Nº 499.742 - SP (2019/0079525-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : ADRIANA TESTI TIRELLI - SP199940
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JUNIOR PERES BEZERRA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de JUNIOR PERES BEZERRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0001849-89.2016.8.26.0537.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 260 (duzentos e sessenta) dias multa, em razão da prática de delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, sendo substituída por restritiva de direitos.

Irresignados, a defesa e o Ministério Público interpuseram apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao apelo defensivo, e deu provimento ao recurso ministerial, a fim de afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e fixar o regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda, mantendo-se, no mais, a sentença condenatória.

Nesta via, sustenta a impetrante a inexistência de motivação válida para a imposição de regime prisional fechado para o início do cumprimento da pena, aduzindo, também, a ilegalidade no afastamento da substituição da sanção privativa por restritiva de direitos, visto que o paciente foi condenado por tráfico privilegiado.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja mitigado o regime prisional para o aberto e substituída a reprimenda por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida às fls. 43-44.

Informações prestadas às fls. 49-73 e 77-79.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 81-87, pela concessão da ordem, de ofício, para estabelecer o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena.

É o relatório.

Cumpre pontuar que esta Corte Superior de Justiça não mais admite a utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso cabível, como ocorre na hipótese, circunstância que impede o seu formal conhecimento.

Entretanto, deve-se verificar se o caso revela constrangimento ilegal flagrante, circunstância que exige a atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal. Passa-se a análise do constrangimento ilegal alegado.

No que tange à pretensão de abrandamento do regime prisional, o acórdão recorrido fixou o modo inicial fechado, nos seguintes termos (e-STJ fl. 37-38):

"No tocante ao regime prisional fixado em primeiro grau de jurisdição, razão assiste ao órgão ministerial.

Isso porque, de fato, o regime inicial fechado para cumprimento da reprimenda afigura-se como o mais

*adequado ao caso concreto, necessário à conscientização da ilicitude e único apto a prevenir a reincidência, haja vista que se trata de delito extremamente grave, que não raro serve como porta de entrada a inúmeras outras condutas delitivas, desvirtuando indivíduos e ameaçando a ordeira sociedade, cabendo ao Julgador destinar-lhe especial cautela, impedindo a ocorrência de uma falsa impressão de impunidade. E nem se diga que tal imposição de baseia na mera gravidade abstrata do delito, bastando lembrar a presença das circunstâncias judiciais desfavoráveis acima referidas, bem como que o acusado tinha em seu poder **expressiva quantidade e duplicidade de drogas**, como registrado nos autos."*

A par disso, fixada a reprimenda em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e considerando-se a quantidade e variedade dos entorpecentes apreendidos, a saber, "31 cápsulas, contendo crack, com aproximadamente 48 gramas, e 35 eppendorfs, com cocaína, pesando cerca de 22 gramas" (e-STJ fl. 30), entende-se proporcional o estabelecimento do modo **semiaberto** ao paciente para o resgate da sanção, haja vista que a manutenção do modo fechado implicaria duplo agravamento na situação prisional do réu, conforme disposto no art. 33 do Código Penal.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO MONOCRÁTICA PROFERIDA NOS TERMOS LEGAIS.

[...]

REGIME INICIAL MAIS SEVERO. NATUREZA E DIVERSIDADE DA DROGA E DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. PROPORCIONALIDADE DO MODO INTERMEDIÁRIO.

1. A escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.

2. Na espécie, embora a reprimenda tenha sido definitivamente fixada em patamar inferior a 4 anos de reclusão, verifica-se que a variedade e a nocividade dos entorpecentes apreendidos e as demais circunstâncias do delito justificam o encarceramento mais gravoso, sendo mais adequado e proporcional à prevenção e à repressão do crime versado o modo intermediário de execução, tendo em vista que a manutenção do regime fechado implicaria duplo agravamento na situação prisional do recorrente, conforme disposto no art. 33 do Código Penal.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS. INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTOS CAPAZES DE MODIFICAR A DECISÃO AGRAVADA.

[...]

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. TRANSCURSO DO LAPSO TEMPORAL ENTRE OS MARCOS INTERRUPTIVOS. NÃO OCORRÊNCIA. INSURGÊNCIA IMPROVIDA.

[...]

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 1469003/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 28/05/2019, DJe 06/06/2019)

AGRAVO REGIMENTAL CONTRA A CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM DE HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL. ADOÇÃO DO FECHADO EM VIRTUDE DA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE (373,8 G DE MACONHA). REPRIMENDA INFERIOR A 4 ANOS. DESPROPORCIONALIDADE. ADEQUAÇÃO DO SEMIABERTO. ILEGALIDADE EVIDENCIADA NO PONTO.

1. Embora a quantidade, a diversidade e a natureza do entorpecente apreendido sejam elementos aptos a justificar a adoção de regime inicial mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, no caso, sendo a reprimenda definitiva inferior a 4 anos, e, portanto, passível de cumprimento, em princípio, em regime aberto, a adoção do semiaberto já traz um agravamento à situação do ora agravado.

[...]

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 479.763/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe 02/04/2019)

Em relação ao pedido de substituição da pena privativa liberdade por restritiva de direitos, colhe-se o seguinte excerto do acórdão impugnado (e-STJ fls. 38):

*"O acusado tinha em seu poder **expressiva quantidade e duplicidade de drogas**, como registrado nos autos. Também por isso inviável a substituição da pena aplicada, que certamente não atenderia ao caráter preventivo e repressivo da pena imposta, equivalendo a verdadeiro incentivo a condutas similares, devendo ser afastada."*

Desse modo, não há que se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista que 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.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PROTEÇÃO DO DOMICÍLIO (ART. 5º, XI, DA CF). PACIENTE EM ATITUDE SUSPEITA APÓS AVISTAR VIATURA POLICIAL. LICITUDE DA PROVA. DOSIMETRIA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 4 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. PLEITO DE

AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO ESCOLHIDA. REPRIMENDA MANTIDA. REGIME PRISIONAL. PENA IGUAL A QUATRO ANOS. FRAÇÃO REDUTORA INTERMEDIÁRIA, TENDO EM VISTA A QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. NOCIVIDADE, VARIEDADE E QUANTIDADE DA DROGA. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO APENAS QUANTO AO REGIME INICIAL FIXADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010). (REsp 1498689/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018)

3. No caso, a entrada de policiais em domicílio alheio foi legitimada pelas circunstâncias do caso, uma vez que o paciente, ao avistar a viatura, correu para o interior de sua casa, despertando a suspeita dos policiais, motivando o seu ingresso na residência, quando foram localizadas drogas e dinheiro oriundo do comércio de substâncias entorpecentes.

4. Nos termos do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

5. Na hipótese, a fração intermediária de 1/5 se justificou pela necessidade de maior repressão ao delito, tendo em vista a quantidade e a nocividade dos entorpecentes apreendidos (72 porções de crack e 47 frascos de cloreto de etila).

6. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 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.

7. A imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta requer fundamentação específica, baseada em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719 do STF.

8. Não obstante a pena imposta não ter sido fixada em patamar superior a quatro anos, a quantidade e natureza das drogas envolvidas evidenciam a gravidade concreta do crime, justificando a fixação de regime intermediário. Aplicação dos art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. *Precedentes.*

9. Embora adimplido o requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal, a nocividade, **variedade e quantidade dos entorpecentes apreendidos não recomendam a substituição da pena, nos termos do inciso III do art. 44 do Estatuto Repressivo, conforme destacaram as instâncias ordinárias. Precedentes.**

10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar ao paciente o regime inicial semiaberto.

(HC 480.346/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 29/03/2019)

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. QUANTIA E VARIEDADE DAS SUBSTÂNCIAS VALORADAS TAMBÉM NA PRIMEIRA FASE. BIS IN IDEM VERIFICADO. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MODO INTERMEDIÁRIO ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE IDENTIFICADA EM PARTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. A teor do disposto no § 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 delituosas 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. Segundo entendimento firmado pelo STF, em sede de repercussão geral, no ARE 666.334/AM, contudo, fica vedada a utilização da natureza e da quantidade da droga, cumulativamente, para majorar a pena-base, na primeira fase, e, na terceira, para modular a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sob pena de indevido bis in idem (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014).

5. No caso, a instância ordinária incorreu em bis in idem ao aplicar a redutora na fração de 1/2, com base nos mesmos vetores sopesados na primeira etapa da dosimetria para elevar a sanção inicial (quantidade e variedade dos entorpecentes), impondo-se, portanto, o reconhecimento da minorante no patamar máximo (2/3).

6. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida

em patamar inferior a 4 anos de reclusão (3 anos e 8 meses), o regime semiaberto é o adequado e suficiente para o cumprimento da pena reclusiva, pela aferição negativa de circunstâncias judiciais (quantia e diversidade das drogas), de acordo com o art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do CP.

7. Não se mostra recomendável o deferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, diante da aferição desfavorável da quantidade e da variedade dos entorpecentes apreendidos (art. 44, III, do CP).

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a sanção final do acusado para 3 anos e 8 meses de reclusão mais pagamento de 176 dias-multa, mantido o regime semiaberto.

(HC 456.463/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 25/09/2018)

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece do writ, concedendo-se a ordem, de ofício**, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, a fim de fixar o regime prisional **semiaberto** para início do cumprimento da pena pelo paciente.

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 12 de junho de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator