

HABEAS CORPUS Nº 499.334 - SP (2019/0076936-3)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUAN CAMPOS BOLDRINI - RJ183332
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EMOKPAZ OSAMUDIAMENZ RAIMUND (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de EMOKPAZ OSAMUDIAMENZ RAIMUND contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 0009929-73.2015.8.26.0635).

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente à pena de 3 anos de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, substituída por medidas restritivas de direitos, como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (tráfico privilegiado).

Ambas as partes apelaram, o Tribunal deu parcial provimento aos recursos, restando a pena final fixada em 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, afastada a substituição da pena.

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

Requer, em liminar e no mérito, a concessão da ordem nesses termos.

Indeferido o pedido de liminar e prestadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem, nos seguintes termos:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SUCEDÂNEO DE RECURSO. IMPOSSIBILIDADE. UTILIZAÇÃO IMPRÓPRIA DO WRIT. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO ESTABELECIDO A PARTIR DA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS FAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS OU, SE CONHECIDO, PELA CONCESSÃO DA ORDEM (fl. 121).

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.

De início, confirmam-se os fundamentos apresentados pelas instâncias ordinárias:

Sentença

[...]

No que se refere ao acusado EMOKPAZ OSAMUDIAMENZ RAIMUND na primeira fase da dosimetria da pena e tendo em vista o disposto no art. 42 da Lei de Drogas, deve a sua pena base ser fixada acima do mínimo legal, uma vez que, dentre as drogas apreendidas, havia cocaína, substância que apresenta elevada potencialidade viciante.

Desta maneira, fixo a pena base do acusado em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

Na segunda fase, não há circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Na terceira fase, tendo em vista a primariedade do acusado, a ausência de antecedentes criminais e a inexistência de qualquer elemento a indicar que ele integre organização criminosa ou se dedique à atividades criminosas, deve ser aplicada a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Tendo em vista a natureza das substâncias apreendidas, especialmente, no que se refere à cocaína, fixo a redução no patamar de 1/2 (metade) da pena, resultando em 3 (três) anos de reclusão e 300 (trezentos dias-multa).

O regime inicial de cumprimento de pena deverá ser o semiaberto, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal que estabelecem, como uma das balizas para tal tarefa, a verificação das circunstâncias judiciais consideradas na primeira fase da dosimetria da pena.

Nestes termos, a fixação de regime inicial de cumprimento de pena em regime aberto seria inadequado para reprimir e prevenir a conduta praticada pelo acusado.

Não obstante, solução diversa impõe-se a respeito da substituição da sanção corporal por penas restritivas de direito, tendo em vista que, nos termos do art. 44, III, do Código Penal, deve-se analisar se a substituição seja suficiente.

Considerando a primariedade do acusado, bem como o espírito desencarcerador com a introdução de medidas alternativas à

prisão, julgo pertinente que a sanção corporal, num primeiro momento, seja substituídas por penas restritivas de direitos, permitindo-se ao acusado evitar o cárcere, desde que mostre aptidão para a medida.

Desta maneira, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços comunitários e limitação de fim de semana.

Não havendo elementos para aferir o poder econômico do acusado fixo o valor unitário dos dias-multa no patamar mínimo legal de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo nacional vigente à data dos fatos.

[...] (fls. 52/53).

Acórdão

[...]

Portanto, as condenações eram mesmo de rigor.

Levando em consideração a quantidade de drogas apreendidas - 53 gramas de maconha e 0,8 gramas de cocaína -, o Magistrado fixou a pena-base em 1/5 acima do mínimo legal para ambos os acusados, entretanto, a meu ver, parece mais apropriada a fixação da pena-base no mínimo legal, em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa em seu mínimo unitário, à vista de que a quantidade de entorpecentes não se mostra excessiva para tal acréscimo.

Em relação ao acusado Emokpaz a pena permaneceu inalterada na segunda fase, diante da ausência de circunstâncias agravantes ou atenuantes da pena. Já em relação ao acusado Matthew, a pena foi acrescida em 1/6, à vista de sua reincidência específica, embora fosse recomendado o acréscimo de 1/5, o que fica mantido, ante a concordância do representante do Ministério Público, resultando em 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa em seu mínimo unitário.

[...]

De outra parte, o acusado Emokpaz foi beneficiado com a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, com a diminuição da pena em 1/2, o que deve persistir, eis que o representante do Ministério Público não se insurgiu contra tal decisão, apurado por isso 02 anos e 06 meses de reclusão e 250 dias-multa em seu mínimo unitário.

[...]

Quanto o acusado Emokpaz foi fixado o regime inicial semiaberto, bem como substituída a pena privativa de liberdade por penas alternativas, consistente na prestação de serviços à comunidade e na limitação de fim de semana, contudo, parece mais apropriada, como pretendido pelo representante do Ministério Público, em face da gravidade da conduta, a fixação de regime fechado para início do cumprimento da pena e o afastamento da substituição da pena corporal por penas alternativas (fls. 104/107).

Da leitura desses trechos, verifico que o Juízo de primeiro grau, tendo em

vista apreensão de cocaína, droga de maior potencial lesivo, elevou a pena-base e agravou o regime prisional. Ao final, substituiu a pena por restritivas de direitos. O Tribunal *a quo*, por sua vez, reduziu a pena-base ao mínimo legal, por entender que a quantidade de cocaína foi mínima (0,8g), bem como fixou o regime fechado e afastou a substituição da pena, ambos em *face da gravidade da conduta*. Entretanto, não apresentou elemento concreto que demonstre uma gravidade acima da prevista para o tipo penal *in abstrato*. Nesse contexto, mostra-se cabível o regime aberto e a substituição da pena.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA DE 01 (UM) ANO, 11 (ONZE) MESES E 10 (DEZ) DIAS DE RECLUSÃO. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 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 - Em relação 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. Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal.

III - In casu, denota-se que foram apreendidas pouca quantidade de drogas (treze gramas e quatrocentos e oitenta e dois miligramas de maconha e nove gramas e cento e treze miligramas de cocaína), e a causa especial de diminuição de pena, prevista no art. 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas foi aplicada no seu grau máximo. Assim, considerando a primariedade do paciente e o quantum de pena estabelecido, forçoso concluir que faz jus ao regime aberto, para início de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, 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.

IV - 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, 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.

V - Preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, quais sejam, pena não superior à 4 (quatro) anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa e réu não reincidente, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em moldes a serem especificados pelo Juízo da Execução Penal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime prisional aberto para o início do cumprimento da pena do paciente e determinar a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos moldes do artigo 44 do Código Penal, a ser estabelecido pelo MM. Juízo a quo.

(HC 462.503/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 09/10/2018, DJe 15/10/2018)

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício para fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Execução Penal.

Publique-se.

Intimações necessárias

Brasília, 07 de junho de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator