HABEAS CORPUS Nº 515.802 - SP (2019/0170963-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		FELIPE AUGUSTO PERES PENTEADO - SP273113
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ALAN FERREIRA DA SILVA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **ALAN FERREIRA DA SILVA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 anos, 10 meses e 10 dias e reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 485 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo defensivo para reduzir a sanção para 2 anos e 6 meses de reclusão, mantido o modo prisional mais gravoso.

Neste *writ*, alega o impetrante que, embora tenha se apresentado motivo válido para agravamento do regime inicial (quantidade e natureza dos entorpecentes), o modo fechado mostra-se desproporcional à pena imposta, nos termos do art. 33, § 2º, do Código Penal e Súmulas 718 e 719 do STF.

Requer, liminarmente e no mérito, o estabelecimento do regime intermediário.

É o relatório.

Decido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem, de ofício.

O Tribunal de origem, ao dar provimento ao apelo defensivo para reduzir a sanção imposta, manteve o regime mais gravoso, pelos seguintes fundamentos:

> "Fica mantido o regime fechado, pois a qualidade e diversidade das drogas com ele apreendidas, não recomendam um regime mais brando. Ele agiu de forma consciente e dolosa. O fechado é o único regime que corresponde como resposta penal a tão grave conduta. Por outro lado, não pode o traficante, preso em flagrante e condenado por isso, voltar ao convívio social, com liberdade para continuar traficando entorpecente, viciando outras pessoas, mantendo-as no vício, trazendo desgraça a elas e às suas famílias. Posteriormente, preenchidos os requisitos necessários, poderá obter outro regime, menos rigoroso, no Juízo da execução penal" (e-STJ, fls. 45-46).

A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e aos a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo STF, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenação por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Na hipótese, a Corte de origem fixou o regime com amparo na quantidade, natureza e variedade dos entorpecentes apreendidos - 72 invólucros de maconha (315,2g), 203 *eppendorfs* de cocaína (63,8 g) e 24 porções de *crack* -, nos termos dos arts. 33 do Código Penal c.c o 42 da Lei n. 11.343/2006, conforme autoriza a jurisprudência desta Corte Superior.

Entretanto, considerando a primariedade do paciente e que a pena foi imposta em patamar inferior a 4 anos, o modo intermediário mostra-se **adequado** e **suficiente** para o cumprimento da pena reclusiva, em decorrência da valoração negativa da quantidade, natureza e variedade das drogas apreendidas, na terceira fase da dosimetria, para a modulação do índice de redução do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (COCAÍNA). ART. 42 DA LEI 11.343/2006. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
>
> 1. 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.
>
> 2. No caso dos autos, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo-legal, reconhecida primariedade do paciente e o *quantum* de pena permita, em tese, a fixação do regime mais brando, a natureza da droga apreendida - cocaína -, justifica a imposição de regime mais gravoso, no caso o semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/06. Precedentes.
>
> 3. O col. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 97.256/RS declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 4º

do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Com efeito, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, os condenados por tráfico de drogas podem se beneficiar da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.
4. Na hipótese dos autos, após estabelecer a reprimenda do paciente em 2 (dois) anos de reclusão, a Corte estadual entendeu insuficiente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em razão das circunstâncias do caso concreto, sobretudo diante da natureza da substância apreendida - cocaína -, o que não destoa da jurisprudência desta Corte Superior.
Agravo regimental a que se nega provimento."
(AgRg no HC 375.316/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 18/5/2017, DJe 25/5/2017).

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NOCIVIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO ESCOLHIDA. REPRIMENDA MANTIDA. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. QUANTIDADE, VARIEDADE E NOCIVIDADE DAS DROGAS. GRAVIDADE CONCRETA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.
[...]
- 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.
- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719 do STF.
- No caso, inexiste coação ilegal a ser sanada, pois, embora o paciente seja primário e a pena de 2 anos e 6 meses de reclusão comporte, em princípio, o regime inicial aberto, o regime intermediário foi fixado com base na gravidade concreta do delito, evidenciada pela quantidade, variedade e nocividade das drogas apreendidas, elementos que, inclusive, justificaram a escolha da fração redutora de 1/2 pelo tráfico privilegiado. Inteligência dos art. 33, § 3º, do CP e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.
- *Habeas corpus* não conhecido."
(HC 386.152/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA

> FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 8/8/2017, DJe 22/8/2017).

No que tange à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, vale lembrar que a Suprema Corte, na análise do HC 97.256/RS, também reconheceu a inconstitucionalidade das expressões contidas no art. 44 e no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, que vedavam a conversão das penas privativas de liberdade em restritivas de direitos, aos sentenciados pelo delito de tráfico de drogas. Tais proibições foram, inclusive, suprimidas do texto legal por meio da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal.

Portanto, não há qualquer óbice à concessão da permuta legal aos condenados por delitos previstos na Lei de Drogas, se preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

Na hipótese, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito mostra-se insuficiente, em razão da falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), especificamente a quantia, a espécie e a diversidade das drogas apreendidas.

Sobre o tema, o seguinte julgado:

> "*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS. VALORAÇÃO NEGATIVA. CRITÉRIO SUFICIENTE PARA O ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO E PARA NEGAR A SUBSTITUIÇÃO. PACIENTE PRIMÁRIO, CONDENADO A PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES QUE NÃO JUSTIFICA O REGIME EXCESSIVAMENTE MAIS GRAVOSO. ADEQUAÇÃO PARA O REGIME INTERMEDIÁRIO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> [...]
> 3. A partir do julgamento do HC 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a parcial 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 tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.
> 4. A valoração negativa da quantidade e natureza dos entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por penas restritivas de direitos. Precedentes.
> 5. No caso, a natureza e a quantidade dos entorpecentes apreendidos, sopesados na terceira fase da dosimetria, constitui fundamento

> idôneo para a fixação do regime prisional mais gravoso e para negar a substituição por restritivas de direitos. Entretanto, tais circunstâncias apenas justificam o regime intermediário, tendo em vista que o paciente é primário e a condenação não é superior a 4 anos.
> 6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, confirmando a liminar anteriormente deferida, fixar o regime inicial semiaberto."
> (HC 390.554/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/5/2017, DJe 22/5/2017).

Diante do exposto, **não conheço** do *habeas corpus.* Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para fixar o regime semiaberto para início do cumprimento da pena reclusiva.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.
Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 14 de junho de 2019.

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator