HABEAS CORPUS Nº 510.830 - SP (2019/0140513-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	THAIS DOS SANTOS LINO
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	KEVIN JHONNY PEREIRA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial com pedido liminar impetrado em favor de KEVIN JHONNY PEREIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 1500117-04.2018.8.26.0545.

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial com pedido liminar impetrado em favor de KEVIN JHONNY PEREIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 1500117-04.2018.8.26.0545.

De acordo com os autos, o paciente foi condenado a 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, no regime inicialmente fechado, e 388 (trezentos e oitenta e oito) dias-multa, pela prática do crime tipificado no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, inciso IV, da Lei n. 11.343/2006, por ter sido flagrado na posse de 49,4g (quarenta e nove gramas e quatro decigramas) de cocaína (e-STJ fls. 26-41).

A apelação defensiva foi desprovida pelo Tribunal de origem, que manteve incólume a sentença condenatória (e-STJ fls. 12-25).

Segundo a impetração, o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, em resumo, porque foi afastada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e estabelecido o regime fechado sem amparo em fundamentação idônea.

Alega que o paciente preenche os requisitos necessários para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Sustenta a inexistência de motivação para a imposição de regime prisional fechado para o início do cumprimento da pena, tendo sido utilizada como fundamento a gravidade abstrata do crime, sendo devida a alteração para o modo prisional aberto.

Evoca os enunciados das Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 do Superior Tribunal de Justiça.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem constitucional para que o paciente possa cumprir a pena em regime aberto e seja substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi deferido (e-STJ fls. 50-51).

Foram prestadas as informações (e-STJ fls. 62-63 e 64-99).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem de *habeas corpus* (e-STJ fls. 102-108).

É o relatório.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do art. 105, inciso III, da Constituição da República, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme

entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

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.

Da leitura dos autos constata-se que assiste razão à defesa, pois o paciente é primário e a pena-base foi fixada no mínimo legal, tendo as instâncias ordinárias aplicado a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

O Juiz sentenciante estabeleceu o regime fechado nos seguintes termos (e-STJ fl. 39):

> *Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, fixo, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal, o fechado, tendo em vista a gravidade em concreto da conduta do acusado (comercialização de expressiva quantidade de drogas em local amplamente conhecido nos meios policiais como ponto de tráfico; envolvimento de adolescente na prática criminosa; tentativa de fuga quando da abordagem policial; apreensão de expressiva quantia em dinheiro, sem comprovação de origem lícita), não desconhecendo este Juízo, todavia, a recente tese de Repercussão Geral fixada pelo C. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do ARE 1052700, de relatoria do Exmo. Ministro Edson Fachin, no sentido da inconstitucionalidade do art. 2º, § Iº, da Lei dos Crimes Hediondos. Ademais, a fixação de regime inicial mais brando não alcançaria, de forma expressiva, os objetivos de repreensão e prevenção visados pelo Direito Penal.*

O Tribunal *a quo*, por sua vez, manteve o regime fechado com amparo na seguinte fundamentação (e-STJ fls. 22-23):

> *Foi fixado o regime fechado, que deve ser mantido, tendo em vista as circunstâncias em que o crime foi cometido, com apreensão de razoável quantidade de droga e envolvimento de adolescente, que não autorizam a imposição de regime mais brando, revelando a audácia e perigosidade incomum do Apelante.*

Como se vê, as instâncias ordinárias fundamentaram o estabelecimento modo prisional fechado com base na gravidade abstrata do delito, com fundamentação genérica e utilizando-se de elementos inerentes ao próprio tipo penal imputado ao paciente, o que não é permitido.

No tocante ao regime de cumprimento de pena, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal e as Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719/STF.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REGIME INICIAL FECHADO. HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. DESCABIMENTO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MINORANTE APLICADA EM METADE. REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. CABIMENTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

III - O 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. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

IV - O col. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 17/12/2013), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com redação dada pela Lei n. 11.464/07, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

V - Seguindo tal orientação, firmou-se o entendimento nesta Corte segundo o qual o julgador deve observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, independente de o crime ser hediondo ou equiparado. Além disso, segundo pacífica jurisprudência deste Tribunal, a hediondez do crime de tráfico de drogas não autoriza, por si só, a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena.

VI - O excelso Supremo Tribunal Federal, em r. decisão oriunda do Tribunal Pleno, no Habeas Corpus n. 118.533/MS, afastou o caráter hediondo dos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes em que incida a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, como ocorre no presente caso.

VII - In casu, verifica-se que a pena-base foi fixada no mínimo legal, tendo ainda sido aplicada em metade a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4°, da Lei de Drogas. As circunstâncias judiciais, portanto, foram todas consideradas favoráveis.

VIII - Sendo o paciente primário, fixada a pena-base no mínimo legal e consideradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime aberto mostra-se o adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e n. 440 desta Corte Superior.

IX - 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, como ocorre no presente caso.
Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime aberto para o início de cumprimento da pena e determinar a sua substituição por restritiva de direitos, nos moldes a serem definidos pelo MM. Juízo da Execução Penal, mantidos os demais termos da condenação.
(HC 453.301/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe de 28/06/2018)

HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. RACIONALIZAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO HEROICO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. INDEFERIDA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FUNDAMENTO NA HEDIONDEZ DO DELITO E NA GRAVIDADE ABSTRATA DA CONDUTA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PRIMARIEDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO*.
[...]
2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES em 27/6/2012, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe conferiu a Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados.
3. Em 1º/9/2010, quando do julgamento do HC n. 97.256/RS, a Corte Suprema declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade das expressões 'vedada a conversão em penas restritivas de direito' e 'vedada a conversão de suas penas em restritivas de direito', constantes, respectivamente, do §4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.
4. ***Caso em que o regime fechado foi aplicado à pena reclusiva imposta à paciente, mais severo do que a reprimenda comporta, sem fundamentação idônea, apenas com fulcro na hediondez do delito e na gravidade abstrata da conduta. Afronta ao art. 93, IX, da Constituição da República, e ao Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte Superior de Justiça, segundo o qual: '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'. Nos mesmos termos, estão os Enunciados n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, também afrontados pelas instâncias ordinárias***.

> *5. Considerando o quantum da condenação (1 ano, 11 meses e 10 dias), a primariedade da paciente, o fato de não lhe terem sido apontadas circunstâncias judiciais desfavoráveis e o preenchimento dos pressupostos previstos no art. 44 do Código Penal, configura constrangimento ilegal a aplicação do regime inicial fechado e a negativa de substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.*
> *6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para alterar o regime de cumprimento de pena para o aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.*
> (HC 360.539/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe de 24/08/2016, sem grifos no original.)

Confiram-se, a propósito, os mencionados verbetes sumulares:

> *"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 440 do STJ)*
>
> *"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 do STF)*
>
> *"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea." (Súmula 719 do STF)*

No caso, considerando o *quantum* de pena estabelecido (3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão), a primariedade do condenado, a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e a não expressiva quantidade de droga apreendida (49,4g de cocaína), mostra-se cabível a fixação do **regime inicial aberto**, conforme o disposto no art. 33, § 2º, alínea *c*, e § 3º, do Código Penal.

Preenchidos os pressupostos objetivos elencados no art. 44 do Código Penal e por se entender que a medida é suficiente para a prevenção e repressão do crime a que foi condenado, sendo ainda socialmente recomendável, diante das especificidades já apontadas, especialmente em razão da pena-base ter sido estabelecida no mínimo legal, **deve a pena privativa de liberdade ser substituída por duas restritivas de direitos**, a serem fixadas pelo Juízo da execução criminal.

Sobre o tema, confiram-se:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS FAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. QUANTIDADE*

PEQUENA DE DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO. ART. 33, §§ 2º e 3º, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. POSSIBILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 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. Sendo a quantidade de droga apreendida pequena (8,5g de crack), as circunstâncias judiciais favoráveis (art. 59 do CP), a pena-base fixada no mínimo legal e a pena aplicada inferior a 4 anos, não há justificativa para aplicar regime prisional mais gravoso e vedar a substituição da pena por restritiva de diretos, devendo ser imposto o regime aberto, bem como ser concedida a substituição da pena por restritiva de diretos, de acordo com o disposto no art. 33, § 2º, alínea "c", e art. 44, ambos do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime prisional aberto, substituindo a pena privativa de liberdade destes últimos pacientes por duas restritivas de direito, a serem especificadas pelo Juízo de Execuções.

(HC 413.812/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe de 27/09/2017; sem grifos no original)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. RÉU PRIMÁRIO E PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS SEVERO E NEGATIVA DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS COM BASE NA NATUREZA DA DROGA, ISOLADAMENTE CONSIDERADA. INSUFICIÊNCIA. PEQUENA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, na fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deve-se observar os critérios previstos no art. 59 do Código Penal, nos termos do que estabelece o § 3º do art. 33 do mesmo Diploma, em conjunto com as disposições do art. 42 da Lei de Drogas.

2. Consoante o entendimento firmado pelo STJ, a natureza e a variedade da droga apreendida, desde que associadas a uma quantidade não desprezível, constituem fundamento idôneo a justificar tanto a imposição do regime mais severo quanto o indeferimento da substituição das penas.

3. No caso, contudo, trata-se de réu primário cujas circunstâncias

> ***judiciais foram consideradas favoráveis. Assim, em que pese a natureza mais gravosa da droga (crack), a quantidade do entorpecente apreendido (13,7g) não pode ser considerada significativa, de sorte a justificar a imposição do regime prisional mais severo ou o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.***
> *4. Agravo regimental improvido.*
> (AgRg no HC 388.407/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe de 09/10/2017; sem grifos no original)

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não conheço** do *writ*, **concedendo**, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para fixar o regime inicial aberto e estabelecer a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da execução criminal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 11 de junho de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator