HABEAS CORPUS Nº 492.448 - SP (2019/0036921-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	YOHANA HAKA FREITAS
ADVOGADO	:	YOHANA HAKA FREITAS - SP236512
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	JHONATA CAETANO LANZILOTTI

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de **JHONATA CAETANO LANZILOTTI**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, pela prática do crime tipificado no art. 33, § 4º, da Lei nº 11. 343/06.

Irresignada, a acusação interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que deu provimento ao recurso ministerial para afastar a minorante e fixar a pena em 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado (e-STJ, fls. 85-96).

Neste *writ*, a defesa alega, em síntese, nulidade da decisão colegiada no ponto em que afastou a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, tendo em vista que tal matéria não foi objeto do pedido acusatório.

Requer, assim, "seja declarado nulo o V. Acórdão quanto ao afastamento do redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, vez que o julgamento foi *ultra petita*", bem como para "restabelecer *in totum* a pena imposta em Primeira Instância" (e-STJ, fl.15).

A liminar foi indeferida (e-STJ, fls. 101-102).

As informações foram prestadas (e-STJ, fls. 104-108 e 110-125).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 47-53).

Às fls. 134-148 e 149-152 (e-STJ), a defesa informa que, após a impetração do presente *writ*, o Tribunal de origem acolheu, em parte, os embargos declaratórios opostos, para manter o redutor aplicado na sentença, resultando a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão.

Assevera, às fls. 154-156 (e-STJ), que "apesar de terem acolhido os embargos para manter o redutor aplicado na sentença, resultando a pena em 01 ano e 08 meses de reclusão, os nobres julgadores rejeitaram os embargos quanto ao regime prisional, ou seja, mantiveram o provimento dado ao apelo Ministerial, determinando o regime fechado." (e-STJ, fls. 155-156)

Alega que o estabelecimento do regime inicial fechado fere o princípio da individualização da pena e o disposto nos arts. 33, § 2.º, alínea c e 59, ambos do CP.

Requer, assim, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

É o relatório.

Decido.

O Superior Tribunal de Justiça 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.

Passo ao exame das alegações da defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem de ofício.

Quanto ao regime prisional, o juiz sentenciante assim decidiu:

> "Passo a dosar a pena. Pena-base: conquanto a quantidade de drogas apreendidas não seja pequena (cerca de meio quilo), tampouco é grande o bastante para colocar o acusado em patamar distinto do pequeno traficante. Além disso, o acusado alegou que venderia a droga pela primeira vez, do que não há prova em contrário. Assim, entendo que não se justifica a fixação da pena-base acima do mínimo legal, razão pela qual a fixo em 05 anos de reclusão e 500 dias- multa; Agravantes e atenuantes: o acusado confessou o delito, mas não há como atenuar a pena para aquém do mínimo. Causas de aumento e diminuição da pena: sendo o acusado primário e não havendo prova de que integre organização criminosa ou de que se dedique de forma exclusiva ao tráfico, reduzo a pena de 2/3, obtendo 01 ano e 08 meses de reclusão e 166 dias-multa. Observo que o C. STJ e o STF, em decisões recentes, afastaram a hediondez do chamado tráfico privilegiado, não havendo impedimento à substituição da pena de prisão por restritivas de direito. Assim, estando presentes os requisitos legais, substituo a pena de prisão por duas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços à comunidade, pelo tempo da condenação, e por prestação pecuniária, no valor de um salário mínimo, em favor de entidade, voltada ao tratamento de dependentes químicos, a ser fixada pelo Juízo da Execução Criminal.
> Em caso de conversão, **fixo o regime semiaberto** para o início da pena, ponderando que ao acusado, que é pessoa esclarecida, está sendo concedida uma oportunidade, que poderá ser aproveitada ou não. Posto isso, julgo procedente a pretensão punitiva e CONDENO o acusado JHONATA CAETANO LANZILOTTI às penas de 01 ano e 08 meses de reclusão, **substituída por prestação de serviços à comunidade e por prestação pecuniária, no valor de um salário mínimo, em favor de entidade, voltada ao tratamento de dependentes químicos, a ser fixada pelo Juízo da Execução Criminal, e 166 dias-multa, no valor unitário mínimo, por incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, fixando o regime semiaberto para a hipótese de conversão pelo descumprimento.**" (e-STJ, fl. 55)

O Tribunal de origem, em sede de apelação, estabeleceu o regime inicial fechado nos seguintes termos:

> "No caso em tela, a fixação do regime fechado para o início do desconto da pena privativa de liberdade se impõe pela considerável quantidade de entorpecente apreendido (22 porções de maconha, com peso total de 544 gramas), a atrair a incidência do art. 42 da Lei de Tóxicos. Há precedentes da E. Corte Superior: HC 278676/MS 6ª T. rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura j. 24.10.2013; HC 222994/SP 6ª T. rel. Min. Marilza Maynard, Des. convocada do TJ/SE j. 24.10.2013; HC 278530/SP 5ª T. rel. Min. Marco Aurélio Bellizze j.

22.10.2013.
[...]
Guardadas as devidas proporções, outorgar regime mais brando brindaria aquele que contribuiu decisivamente contra a ordem e saúde públicas com benefício que não se acha devidamente posto na lei do ponto de vista teleológico.
Cancelo, por fim, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, seja em razão da quantidade de pena, seja porque se trata de medida absolutamente incompatível com a natureza do crime de tráfico.
A impossibilidade de se aplicar a substituição ao grave crime de tráfico ilícito de entorpecentes, que tanto assola a comunidade, fica evidente com a interpretação sistêmica do ordenamento jurídico nacional, concluindo-se pela vedação como reflexo esperado ao tratamento mais rigoroso dado pela Constituição da República e pela legislação ordinária ao crime de tráfico de drogas.
Não obstante, resulta ilógico substituir penas privativas de liberdade para impor sanções restritivas de direitos a condenados por crimes hediondos, sob pena de se esvaziar o tratamento rígido que a Lei buscou propiciar a fim de concretizar a política criminal voltada a dirimir a traficância de entorpecentes, que, a propósito, envolve sempre outras práticas delitivas execráveis que tanto devastam o país.
Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso do Ministério Público para afastar o redutor e a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, para redimensionar as penas para 05 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo, e considerar o apelado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06." (e-STJ, fls. 92-96)

Em sede de embargos declaratórios, o Tribunal *a quo* assim entendeu:

"Pois bem, a leitura do v. acórdão embargado permite concluir que, de fato, houve excesso no afastamento do redutor, pois no recurso do Ministério Público não havia insurgência específica a esse respeito. O inconformismo recaiu "... sobre a fixação da pena-base no mínimo legal, a fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade e a substituição desta por penas restritivas de direitos, levadas a cabo pela r. sentença" (sic fl. 244).
Em resumo, nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração, como recurso de correção, destinam-se a suprir omissão, contradição e ambiguidade ou obscuridade existente no julgado, o que se verificou, e deve ser corrigido.
Passo, portanto, a redimensionar as penas do embargante
Na primeira fase, a pena-base foi fixada no mínimo legal, ou seja, em 05 anos de reclusão, mais pagamento de 500 dias-multa, por não haver circunstância judicial desfavorável.
Na segunda fase, embora presente a atenuante da confissão espontânea, inviável sua aplicação para reduzir a reprimenda para patamar aquém do mínimo legal, a teor da Súmula nº 231, do Col. STJ: A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à

> redução da pena abaixo do mínimo legal
> [...]
> Na terceira fase, fica mantida a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, em 2/3, resultando em 01 ano e 08 meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa.
> No tocante ao regime prisional, rejeito os embargos.
> Ressalto, que os embargos de declaração não rendem ensejo a nova aferição do mérito da causa, consoante jurisprudência dominante do Col. Superior Tribunal de Justiça:
> No tocante ao regime prisional, rejeito os embargos.
> Ressalto, que os embargos de declaração não rendem ensejo a nova aferição do mérito da causa, consoante jurisprudência dominante do Col. Superior Tribunal de Justiça:
> [...]
> via processual a ser escolhida, vez que não se prestam os embargos de declaração para reexame da causa, mas, tão-somente, para sanar eventual error in procedendo, conforme disciplina o art. 619, do CPP, o que admitiria eventualmente o efeito modificativo (infringente), mas que inocorreu *in casu*.
> A impugnação do embargante versa sobre critérios de fixação de regime prisional, o que não se confunde, em absoluto, com omissão, contradição, ambiguidade ou obscuridade.
> Assim, apenas a Instância Especial poderá pronunciar-se a tal respeito, não esta colenda Câmara, a quem falece competência para rever suas próprias decisões.
> Pelo exposto, acolho, em parte, os embargos, para manter o redutor aplicado na sentença, com o que as penas finais resultam em 01 ano e 08 meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa." (e-STJ, fls. 144-148)

Na definição 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 condenado pelo crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com a preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Dessa forma, estabelecida a pena definitiva em **1 ano e 8 meses de reclusão**, o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, diante da primariedade do réu e da análise favorável das circunstâncias judiciais, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.

Nesse sentido:

> "*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

> VEDAÇÃO. ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. *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. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal – CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo, de acordo com o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. *In casu*, em razão da primariedade do paciente, do *quantum* de pena aplicado, inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, *"c"*, do CP), da inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP), bem como da fixação da pena-base no mínimo legal, o regime a ser imposto deve ser o aberto. Precedentes.
> 3. A quantidade e/ou natureza dos entorpecentes é fundamentação idônea para justificar a vedação da substituição da pena por medidas restritivas de direitos, de acordo com o disposto no inciso III do art. 44, do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.
> Na hipótese, constata-se que, o Tribunal *a quo* fundamentou a vedação da substituição da pena por restritiva de diretos com base na gravidade concreta do delito, revelada pela variedade de drogas apreendidas.
> *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, ratificando a liminar anteriormente deferida, fixar o regime inicial aberto para cumprimento de pena."
> (HC 379.637/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/2/2017, DJe 24/2/2017).

Pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente e circunstâncias judiciais favoráveis), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução, valendo-se anotar que esta Corte e o Supremo Tribunal Federal entendem que não existe óbice na Lei de Drogas para a concessão do citado benefício, quando preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal.

Cito, a propósito:

> "[...]
> 3. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

> 4. Com base no julgamento do HC 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a 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.
> 5. Hipótese em que a sentença, mantida pelo acórdão que julgou a apelação, referiu-se apenas à gravidade abstrata do tráfico de drogas para fixar o regime inicial fechado e negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.
> 6. O *quantum* da condenação (1 ano e 8 meses), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem à paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea "c", do CP, além da substituição por restritiva de direitos.
> 7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais."
> (HC 377.765/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 6/6/2017, DJe 13/6/2017).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus.* Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para estabelecer o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 17 de junho de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator