

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 536.876 - SP (2019/0295367-5)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FABRICIO DOS SANTOS OLIVEIRA - SP419524
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO HENRIQUE SANTANA PEREIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de PAULO HENRIQUE SANTANA PEREIRA, contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na (Apelação Criminal n. 0061551-35.2017.8.26.0050).

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente a 3 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (tráfico privilegiado).

Interposta apelação, pela defesa, o Tribunal deu parcial provimento ao recurso apenas para afastar a exasperação da primeira fase dosimétrica, mas sem repercussão na pena final.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

No presente *writ*, a impetrante alega, em síntese, que a primariedade do paciente, as circunstâncias judiciais favoráveis e o *quantum* de pena, 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 pelo não conhecimento do *writ* (fls. 122/125).

É o relatório.

Decido.

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso

Superior Tribunal de Justiça

próprio (cf.: HC 358398/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 09/08/2016).

Por outro lado, diante das particularidades do caso concreto, entendo ser possível a concessão da ordem, de ofício, para alteração do regime inicial de cumprimento da pena, ante a existência de flagrante desrespeito ao Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte.

Confirmam-se, aliás, os seguintes trechos do acórdão impunado:

[...]

O regime deve mesmo ser o fechado, em consonância com o imperativo da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07.

Incabível e inadequado seu abrandamento: a conduta apenada é a de traficar 27g de cocaína, 9,3g de crack, 0,5g de haxixe, 18ml de lança perfume e 28,5g de maconha (fls. 138/141). Veja-se que a conduta extrapolou a repressão natural do tipo penal referente ao tráfico de drogas, que por vezes se evidencia pela traficância de quantidade infinitamente menor do que aquela apreendida.

Ainda, as naturezas das drogas, mormente o crack e a cocaína, revelam a especial reprovabilidade delitiva, já que tais substâncias têm alto poder viciante e destrutivo à saúde humana, em relação a outros entorpecentes sobre cuja comercialização recai a mesma conduta delitiva, capaz de, a curto prazo, provocar até mesmo convulsões no usuário, e, a longo prazo, torná-lo psicótico.

Também a variedade de entorpecentes comercializados demonstra o maior alcance da conduta, na medida em que o réu visava atingir ampla gama de usuários, de diversos tipos de drogas, demonstrando, também nesse contexto, a grande extensão da ofensa ao bem jurídico protegido.

Destarte, as circunstâncias concretas do caso em comento, aliadas à reincidência específica, demonstram não ser recomendável a adoção de regime prisional mais brando que o fechado até para que não se provoque afrouxamento excessivo e intolerável estímulo ao criminoso, forjando, em seu espírito, a sensação de uma ilusória impunidade.

Inviável a conversão da privativa de liberdade em restritivas. Nada obstante decisão do Excelso Supremo Tribunal Federal, reconhecendo incidentalmente a inconstitucionalidade parcial das vedações contidas nos artigos 33, § 4º, e 44, ambos da Lei nº 11.343/06 (HC nº 97.256/RS, DJe 15.12.2010), e a Resolução nº 05/2012, do Senado Federal (publicada no D.O.U. de 16.02.2012), que suspendeu a eficácia da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de

Superior Tribunal de Justiça

direitos” do § 4º, do artigo 33, da referida lei, há de se ressaltar que a natureza e gravidade concreta do delito de tráfico de entorpecentes impedem a aplicação das penas alternativas (fls. 38/40).

Embora a pena não tenha ultrapassado 4 anos, o regime semiaberto mostra-se mais adequado à maior gravidade do delito, evidenciada pela quantidade, natureza e variedade da droga apreendida. Tais elementos afastam também a possibilidade de substituição da pena por restritivas de direitos.

Quanto ao tema, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL INTERMEDIÁRIO. [...] ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

In casu, em razão de as circunstâncias judiciais serem favoráveis (art. 59 do Código penal - CP), de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e de a pena aplicada ser inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, alínea "c", do CP), caberia a fixação do regime inicial aberto. Todavia, a diversidade, natureza e variedade dos entorpecentes (art. 42 da Lei n. 11.343/06) - 59 pinos de cocaína (37,8 gramas), 13 pacotes plásticos que continham pinos de plástico de crack (234,5 gramas), 1.297 papelotes plásticos de maconha (3,942 gramas) e 19 embalagens plásticas de maconha (3.030 gramas) - é fundamentação idônea para justificar a imposição do regime inicial mais gravoso, mas que, no caso é o semiaberto, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do CP e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

[...]

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto, bem como determinar que o Juízo das Execuções considere a possibilidade da detração.

(HC 384.990/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 04/09/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO

Superior Tribunal de Justiça

ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA QUE JUSTIFICA A FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA (1/2) UTILIZADA. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM O BENEFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- 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 440/STJ e 718 e 719 do STF.

- Nos termos do entendimento firmado por esta Corte Superior de Justiça, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais severo. Na hipótese, o acórdão recorrido fundamentou a necessidade do regime fechado com base na quantidade e na nocividade da droga apreendida.

- Embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos (pena de 2 anos e 6 meses de reclusão), cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, fazendo jus o paciente ao regime intermediário, qual seja, o semiaberto. Precedentes desta Corte.

- Ainda que o quantum de pena fixado seja inferior a 4 (quatro) anos, a quantidade e a nocividade do entorpecente apreendido não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.

(HC 309.921/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 13/04/2016)

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS NATUREZA. PREVISÕES LEGAIS DECLARADAS INCONSTITUCIONAIS PELO STF. FUNDAMENTO TAMBÉM COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (99 INVÓLUCROS CONTENDO APROXIMADAMENTE 20 GRAMAS DE COCAÍNA). FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO.

Superior Tribunal de Justiça

CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO. FUNDAMENTO CONCRETO PARA A FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO - O SEMIABERTO - E NÃO O FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar tanto a imposição do regime mais severo, quanto o indeferimento da substituição das penas, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada. *Precedentes.*

4. Embora válido o fundamento para o recrudesimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos - 2 anos e 6 meses - cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, fazendo jus o paciente ao regime semiaberto.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva.

(HC 338.541/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 07/12/2015).

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 26 de novembro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator