

**HABEAS CORPUS Nº 525.221 - SP (2019/0229046-1)**

**RELATOR** : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**  
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)  
**IMPETRANTE** : GUILHERME JOSE VIEIRA CHIAVEGATO  
**ADVOGADO** : GUILHERME JOSE VIEIRA CHIAVEGATO - SP366341  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : WELLINGTON AUGUSTO DE OLIVEIRA (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de **WELLINGTON AUGUSTO DE OLIVEIRA** contra acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado às penas de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação ao Tribunal de origem, que negou provimento ao apelo (fls. 69-85).

No presente **writ**, o impetrante sustenta a afronta aos enunciados das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 desta Corte Superior, ao argumento de que o regime inicial de cumprimento de pena foi fixado com base na gravidade abstrata do crime praticado.

Requer, ao final, a concessão da ordem, para fixar o regime aberto, para o início de cumprimento da pena, e a substituição da pena privativa de liberdade, por restritivas de direitos (fls.3-14).

O pedido liminar foi concedido (fls. 90-92).

As informações foram prestadas às fls. 138-227.

O Ministério Público Federal, às fls. 230-234, manifestou-se pela não concessão da ordem.

É o relatório.

**Decido.**

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.

Destarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

O impetrante sustenta que houve afronta aos enunciados das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 desta Corte Superior, ao argumento de que o regime inicial de cumprimento de pena foi fixado com base na gravidade abstrata do crime.

No que tange 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. Esse também é entendimento perfilhado por esta Corte, **in verbis**:

*"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS, PORTE ILEGAL DE ARMA E RECEPÇÃO. PENAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. DESCABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SANÇÃO MAIOR QUE QUATRO ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. RÉU PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. ADEQUAÇÃO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.*

[...]

7. **O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 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.**

8. *Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, em se tratando de réu primário e com bons antecedentes, não existe razão para negar o regime inicial semiaberto.*

9. *Ordem de habeas corpus não conhecida. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente". (HC n. 239.999/MS, **Quinta Turma**, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. **Laurita Vaz**, DJe de 21/8/2014, grifei).*

**"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. QUANTIDADE DE DROGAS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.**

[...]

3. **Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.**

4. **In casu, a imposição do regime inicial fechado baseou-se, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Ademais, sequer foi analisada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quanto aos pacientes DEIVID e SIDNEY.**

[...](HC n. 271.147/SP, **Sexta Turma**, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 26/9/2014, grifei).

Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

Quanto ao **punctum saliens**, o Tribunal de origem, quando do julgamento do recurso de apelação, assim se pronunciou, **in verbis**:

*"Entretanto, embora compartilhe do entendimento firmado pelo Pretório Excelso, curvo-me ao posicionamento adotado pela maioria de meus pares, no sentido de que a figura privilegiada não retira o caráter hediondo do crime de tráfico, razão pela qual o abrandamento do regime prisional ou a substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos revelam-se desaconselháveis.*

*Nesse panorama, sopesadas as peculiaridades supraditas, especialmente a manutenção da hediondez do crime cometido, razoável e ajustado às finalidades próprias manter-se a imposição do cumprimento da sanção privativa de liberdade em regime inicial fechado, o qual não se afigura inconstitucional, uma vez que reflete apenas a intenção legislativa de coibir mais duramente as condutas dos autores de crimes hediondos e equiparados, os quais o legislador reconheceu possuírem maior lesividade social, o que não impede a realização do princípio da individualização, a ser observado na fixação e na execução da pena."*

**Na hipótese**, o regime fechado foi mantido com base em considerações vagas e genéricas relativas à gravidade abstrata do crime, em clara violação aos enunciados das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 desta Corte Superior, configurando-se, assim, o constrangimento ilegal.

Ademais, o paciente, além de ser primário, teve a pena fixada no mínimo legal e fez jus à fração máxima da minorante inserta no parágrafo 4º do art. 33 da Lei de Drogas, mostrando-se plausível, destarte, a readequação do regime prisional.

Dessarte, conclui-se que o paciente que faz **jus** ao regime **aberto**, para início de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, parágrafo 2º, alínea **c**, e parágrafo 3º, do Estatuto Penal.

Sobre o tema:

*"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 CORPORAL DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO. VIABILIDADE. A PEQUENA QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS PERMITE O PROPORCIONAL AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA APLICADA. REPRIMENDA REDUZIDA. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. POUCA QUANTIDADE DE DROGA. CONDENAÇÃO DEFINITIVA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS SUBJETIVAS E OBJETIVAS FAVORÁVEIS. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO. CABIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.*

*- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.*

*- Esta Corte vem decidindo que a quantidade, a nocividade e a variedade dos entorpecentes apreendidos são fundamentos idôneos a ensejar a escolha da fração redutora, quando for o caso de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.*

*- O caso tratou de pequena quantidade de entorpecentes e, em decorrência, e em respeito à proporcionalidade, a fração redutora do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 deve ser alterada para 2/3, alcançando as penas, em decorrência, o montante de 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa. Precedentes.*

- 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.

- Do mesmo modo, no que tange à possibilidade de substituição da pena, o Supremo Tribunal Federal, em 1/9/2010, no julgamento do HC n. 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art.

44, ambos da Lei de Drogas, na parte relativa à proibição da conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados por tráfico de entorpecentes.

- No caso, estabelecida a pena-base no mínimo legal e considerando a primariedade do paciente e a quantidade não muito elevada das drogas apreendidas, faz jus o acusado ao regime aberto e à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos, respectivamente, do art. 33, § 2º, "c", e art. 44, ambos do CP. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio, para reduzir as penas do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime inicial aberto, e 166 dias-multa, permitida a substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Tribunal local, ante a ausência de trânsito em julgado definitivo, mantidos os demais termos da condenação." (HC 412.002/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 16/10/2017).

**Por fim**, cumpre registrar que o **Pretório Excelso**, 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, 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.

Com efeito, 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, réu não reincidente e circunstâncias judiciais favoráveis, 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.

Ante o exposto, não conheço do presente **habeas corpus**. **Todavia, concedo a ordem de ofício** para fixar o regime prisional **aberto**, para o início do cumprimento da pena, e determinar a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos moldes do artigo 44 do Código Penal, a ser estabelecida pelo Juízo **a quo**.

P. e I.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO  
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator