

**HABEAS CORPUS Nº 536.552 - SP (2019/0293998-4)**

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**IMPETRANTE** : FELIPE NANINI NOGUEIRA  
**ADVOGADO** : FELIPE NANINI NOGUEIRA - SP356679  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : ALEXSANDRO REZENDE DA SILVA  
**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 ALEXSANDRO REZENDE DA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 1500747-45.2019.8.26.0571).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado.

O Tribunal *a quo* negou provimento à apelação da defesa.

No presente *writ*, o impetrante sustenta, em síntese, que o paciente preenche todos os requisitos necessários à fixação do regime aberto e à substituição da reprimenda por medidas restritivas de direitos.

Requer a concessão da ordem nesses termos, inclusive em liminar.

Indeferido o pedido de liminar e prestadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem (fls. 217/221)

É o relatório.

Decido.

O presente *habeas corpus* não merece ser conhecido, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Contudo, passo à análise dos autos para verificar a possível existência de ofensa à liberdade de locomoção do ora paciente, capaz de justificar a concessão da ordem de ofício.

A controvérsia refere-se ao regime prisional e à substituição da pena.

Nesses pontos, asseverou o Tribunal *a quo*:

[...]

# *Superior Tribunal de Justiça*

*Atendendo ao disposto no artigo 59, do Código Penal e artigo 42, da Lei 11.343/2006, a pena base foi corretamente fixada no mínimo legal.*

*Na fase intermediária, ainda que reconhecidas as atenuantes da confissão e da menoridade relativa não teria o condão de reduzir a pena aquém do mínimo legal, consoante Súmula 231, do STJ. Na fase derradeira, o Magistrado “a quo” aplicou o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, na fração de 2/3 (dois terços), o que será mantido.*

*O regime prisional fixado, qual seja, o inicial fechado, deve prevalecer, levando-se em conta a Lei 11.464, de 28 de março de 2007, que alterou a redação do artigo 2º da Lei 8072/90, permitindo a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados. Ademais, referido regime é o único capaz de prover ressocialização ao increpado, tendo em vista que suas limitações são as mais rigorosas possíveis, ensejando a reflexão e a repressão do impulso delitivo.*

*No tocante a aplicação do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.736/12, a questão relativa à detração deverá ser apreciada pelo Juízo das Execuções Criminais, que possui os informes suficientes a comprovar o real tempo em que o acusado permaneceu provisoriamente preso.*

*Por fim, não são recomendáveis a substituição ou a suspensão condicional da pena, por não serem suficientes para o caso em tela, vez que crime assemelhado a hediondo, demandando maior rigor punitivo. (fl. 180)*

Da leitura desse trecho, verifico que o acórdão está fundamentado exclusivamente na hediondez e na gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas, em dissonância com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual, o regime mais gravoso e a negativa de substituição da pena devem estar baseados em elementos concretos.

A propósito:

**HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS FAVORÁVEIS. CAUSA REDUTORA DE PENA APLICADA NA FRAÇÃO MÁXIMA. REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. QUANTIDADE ÍNFIMA DE DROGA APREENDIDA (7,2 GRAMAS DE COCAÍNA). APLICAÇÃO DO REGIME ABERTO. ART. 33, § 2º, 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 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. O Plenário do STF, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Assim, o regime prisional, nesses casos, deverá ser fixado motivadamente e em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do CP, e, na hipótese de condenado 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.

No caso dos autos, a despeito do Tribunal a quo ter motivado a fixação do regime inicial fechado com base especialmente na natureza da droga - cocaína - (art. 42 da Lei n. 11.343/2006), encontra-se evidenciado o constrangimento ilegal, pois, considerando a quantidade da droga apreendida ter sido ínfima (7,2g), a causa redutora do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas ter sido aplicada no patamar máximo (2/3), somadas ainda ao quantum da condenação (1 ano e 8 meses), a primariedade e ao fato de não terem sido apontadas circunstâncias desfavoráveis, faz jus o paciente ao regime aberto, conforme o disposto no art. 33, §§ 2º, c, e 3º, do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Corte de Justiça.

3. O art. 44 do CP é taxativo quanto aos requisitos necessários para a obtenção do benefício da substituição da medida corporal por restritiva de direitos, verificando-se, na hipótese, o preenchimento de tais requisitos, tendo em vista que as circunstâncias judiciais favorecem o paciente e a quantidade de drogas apreendidas não foi expressiva.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial aberto, substituindo-se a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito a serem especificadas pelo Juízo de Execuções (HC 358.079/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK,

QUINTA TURMA, DJe 29/03/2017).

**HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.**

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. *Precedente.*

2. Contudo, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

**TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. NEGATIVA DE APLICAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.**

1. O § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.

2. Atendidos os pressupostos legais à aplicação do benefício, imperiosa a mitigação da pena nos termos do supracitado dispositivo legal.

3. Assim, tendo em vista a favorabilidade das circunstâncias judiciais e a pequena quantidade de droga apreendida, mostra-se razoável e proporcional ao caso a redução da reprimenda em 2/3 (dois terços).

**REGIME INICIAL. DESPROPORCIONALIDADE AO QUANTUM FINAL DA PENA. ALTERAÇÃO PARA O MODO ABERTO E A SUA PERMUTA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.**

1. Redimensionada a pena privativa de liberdade para patamar inferior a 4 (quatro) anos, ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis e tendo a pena-base sido fixada em seu mínimo legal, mister a readequação do regime inicial para o aberto, em conformidade com o art. 33, § 2º, alínea c, do CP.

2. Tratando-se de condenado à pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, primário e de bons antecedentes, com quem foi apreendida quantidade de substâncias tóxicas que não se revela expressiva ou elevada, impõe-se o estabelecimento do regime aberto para o cumprimento inicial da reprimenda privativa de liberdade, bem como a sua substituição por sanções restritivas de direitos.

3. Habeas Corpus não conhecido. *Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a pena para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de*

**reclusão, em regime inicial aberto, e 166 dias-multa, substituindo-se a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos a serem definidas pelo Juízo competente** (HC 372.363/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 27/03/2017).

**PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DO ACÓRDÃO IMPUGNADO. OMISSÃO NA ANÁLISE DAS TESES DEFENSIVAS. INOCORRÊNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTADA SEM JUSTIFICATIVA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

*1. 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.*

*[...]*

*4. Hipótese em que o Tribunal de origem negou a aplicação da referida minorante ao paciente, sem apresentar fundamentação alguma para tanto, em manifesta ofensa ao princípio da motivação das decisões judiciais, sendo de rigor a aplicação do redutor no grau máximo, sobretudo quando trata-se de acusado primário, de bons antecedentes e não há elementos que indique sua habitualidade delitiva. Precedentes.*

**5. Readequada a pena final para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime inicial aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.**

*6. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.*

*7. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, tornando a pena definitiva do paciente em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão mais 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, assim como para fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de*

*direito, a serem definidas pelo Juízo da Execução (HC 361.691/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 15/02/2017).*

**HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

*1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.*

*2. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 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.*

*3. 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.*

*4. Hipótese em que a sentença, mantida pelo acórdão impugnado, referiu-se apenas à natureza hedionda e 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.*

*5. O quantum da condenação (1 ano e 8 meses), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem ao 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.*

*6. 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 370.003/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 02/12/2016).*

# *Superior Tribunal de Justiça*

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Execução Penal.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 28 de novembro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator