**HABEAS CORPUS Nº 541.350 - SP (2019/0317122-5)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATOR** | **:** | **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK** |
| IMPETRANTE | : | MARIANA MUNIZ LONGHINI |
| ADVOGADO | : | MARIANA MUNIZ LONGHINI - SP318029 |
| IMPETRADO | : | TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE | : | LEONARDO BARBOSA DOS SANTOS |
| 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 LEONARDO BARBOSA DOS SANTOS, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido no julgamento da Apelação Criminal n. 1500293-02.2018.8.26.0571.

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente a 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (tráfico privilegiado).

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

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 pela denegação da ordem (fls. 142/144).

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 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 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.



Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 3DB20DB0-C628-4CDF-B396-05DDA8DC195C

Confiram-se, aliás, os seguintes trechos do acórdão impugnado:

> *[...]*
>
> *Na terceira fase, o d. Magistrado reduziu as reprimendas em 2/3 (dois terços) com fundamento no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 resultando definitivas em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo.*
>
> *Ressalte-se, aliás, que, respeitado o entendimento do d. Magistrado a quo,* ***no meu sentir sequer seria a hipótese de aplicação do benefício. Isso porque, os requisitos legais, restritivos e cumulativos, da benesse não são a "quantidade ou a qualidade" das drogas (circunstâncias que devem ser consideradas somente na fase da fixação das penas-base vide artigo 42 da Lei 11.343/06), mas sim a avaliação, com base nas provas, se o acusado é "primário", "de bons antecedentes", "não integre organização criminosa" e "não está envolvido com atividades criminosas" (§ 4º, segunda parte, do artigo 33 da Lei 11.343/06). Nesta ação penal, com clareza solar, Leonardo "está envolvido com atividades criminosas" porque trazia consigo e guardava 19 porções de cocaína, na forma de crack, com peso de 3,30 gramas; e 01 porção de maconha, pesando 9,82 gramas (pesos líquidos, cf. laudo de fls. 37/38), além de dinheiro e manuscrito com o estatuto da organização criminosa do Primeiro Comando da Capital, circunstâncias concretas que, no mínimo, levam à conclusão de que, com habitualidade, recebia os entorpecentes (mediante compra ou consignação) do grande traficante para, na sequência, comercializá-los no varejo em porções.*** *Ademais, não se olvide que a benesse tem natureza excepcional e não regra geral e assim deve ser tratada, sob pena de indevido esvaziamento das sanções em abstrato cominadas para o delito de tráfico de entorpecentes tipificado no caput, aliás, ainda equiparado a hediondo ( STF HC nº 122594/SP Primeira Turma Rel. Ministra Rosa Weber J. 23.09.2014 Dje 07.10.2014; STJ - AgRg no AREsp 359220/MG Sexta Turma Rel. Maria Thereza de Assis Moura J. 03.09.2013 DJe 17.09.2013; TJSP Apelação nº 0027092-46.2013.8.26.0050 15ª Câmara de Direito Criminal Relator J. Martins J. 08.05.2014).*
>
> *O regime inicial fechado deve ser mantido, pois, muito embora não se desconheça que o Colendo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus n.º 118533/MS, Relatora Ministra Cármen Lúcia, tenha afastado a hediondez dessa conduta, no caso sub judice a gravidade concreta do fato já minuciosamente analisada desautoriza regime prisional mais brando, tudo embasado nos princípios da individualização e da suficiência (cf. artigo 59, III; c.c. artigo 33, § 3º, do Código Penal).* (fls. 85/87)

Embora a pena não tenha ultrapassado 4 anos, o regime semiaberto



Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 3DB20DB0-C628-4CDF-B396-05DDA8DC195C

mostra-se mais adequado à maior gravidade do delito, evidenciada pelo envolvimento do paciente com as atividades criminosas, tendo o Tribunal *a quo* ressaltado que não seria sequer o caso de aplicação da minorante do § 4º, pois restou demonstrado seu envolvimento com o PCC, sendo encontrado um manuscrito com o estatuto da facção criminosa em meio aos seus pertences, além da variedade e natureza da droga apreendida (crack). 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 ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA QUE JUSTIFICA A FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA (1/2) UTILIZADA. REGIME*



Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 3DB20DB0-C628-4CDF-B396-05DDA8DC195C

*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. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REGIME INICIAL FECHADO. PENA IGUAL A 4 ANOS. DESCABIMENTO. RÉ PRIMÁRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ENVOLVIMENTO COM A FACÇÃO CRIMINOSA "PCC". INÚMEROS AGENTES INTEGRAVAM A ASSOCIAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS NEGATIVA. REGIME SEMIABERTO. ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIADE. AUSÊNCIAS DE REQUISITOS DO ART. 44, DO CP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*I - 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*



**Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019**
**Código de Controle do Documento: 3DB20DB0-C628-4CDF-B396-05DDA8DC195C**

*impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.*

***II - Tratando-se de paciente não reincidente, mas que teve valoradas em seu desfavor as circunstâncias judiciais, sobretudo em decorrência de associação à facção criminosa denominada "PCC" e o grande número de integrantes da associação para o tráfico, o regime semiaberto se mostra adequado para o início do cumprimento da pena.***

*III - A presença de circunstância judicial desfavorável (envolvimento com a facção criminosa "PCC" e o elevado número de agentes que integravam a associação), prejudica o pedido de substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, pois não preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 44, inciso III, do Código Penal.*

*Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena.* (HC 405.528/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 08/05/2018)

*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. 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 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 - 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



**Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019**
**Código de Controle do Documento: 3DB20DB0-C628-4CDF-B396-05DDA8DC195C**

TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 07/12/2015)

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

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 04 de dezembro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



**Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019**
**Código de Controle do Documento: 3DB20DB0-C628-4CDF-B396-05DDA8DC195C**