HABEAS CORPUS Nº 534.787 - RJ (2019/0283132-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
		SONIA MARIA ARRUDA GONCALVES - RJ069498
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	:	MARIO SERGIO DOS SANTOS WANDIM
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de MARIO SERGIO DOS SANTOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação n. 0001276-17.2015.8.19.0073).

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas), a 5 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto.

Interposta apelação, pela defesa, o Tribunal deu provimento ao recurso, reduzindo a pena para 1 ano e 8 meses de reclusão, pela aplicação da minorante do § 4º, mantidos os demais termos da sentença.

No presente *mandamus*, a impetrante alega, em síntese, que a primariedade do paciente e as circunstâncias judiciais favoráveis 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 nesse sentido.

Indeferido o pedido de liminar e prestadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pela não concessão da ordem (fls. 121/125)

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.

De início, confiram-se os fundamentos apresentados pelo Tribunal *a quo:*

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: 6B22EC24-72E9-43C7-BDB6-700340E0826A

> *[...]*
>
> *No que tange à dosimetria da pena, a sentença merece retoque.*
>
> *As penas-base foram fixadas no mínimo legal, vale dizer, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo.*
>
> *Na segunda fase, as penas não sofreram modificação.*
>
> *Na terceira fase, o pedido de aplicação da causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 deverá ser acolhido.*
>
> *A circunstância do artigo 42 da citada lei, quantidade de material entorpecente arrecadado, fundamento adotado na sentença, não é relevante para afastar a aplicação do redutor pretendido.*
>
> *Assim, as penas serão reduzidas de 2/3, atingindo o patamar final de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo.*
>
> ***Apesar de não ostentar condenação anterior, o requisito subjetivo previsto no inciso III do artigo 44 do Código Penal não se encontra satisfeito, tendo em vista que o apelante possui anotações em sua folha de antecedentes criminais, cujas ações penais se encontram em andamento, circunstância indicativa de que a susbtituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos ou a concessão do sursis não se mostram suficientes e nem mesmo socialmente recomendável.***
>
> ***Foi fixado o regime prisional semiaberto, que deve ser mantido, pelo mesmo fundamento adotado para negar a substituição da pena.*** (fl. 22)

Da leitura desse trecho, verifica-se que o ora paciente é primário, as circunstâncias judiciais são favoráveis e a pena foi fixada em patamar inferior a 4 anos de reclusão, não apresentando, o Tribunal *a quo*, elementos concretos que demonstrem uma gravidade acima da prevista para o tipo penal *in* abstrato. Nesse contexto, mostra-se cabível o regime aberto e a substituição da pena.

Nesse sentido:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA DE 01 (UM) ANO, 11 (ONZE) MESES E 10 (DEZ) DIAS DE RECLUSÃO. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 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*

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: 6B22EC24-72E9-43C7-BDB6-700340E0826A

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.

II - Em relação 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.

III - In casu, denota-se que foram apreendidas pouca quantidade de drogas (treze gramas e quatrocentos e oitenta e dois miligramas de maconha e nove gramas e cento e treze miligramas de cocaína), e a causa especial de diminuição de pena, prevista no art. 33, parágrafo 4°, da Lei de Drogas foi aplicada no seu grau máximo. Assim, considerando a primariedade do paciente e o quantum de pena estabelecido, forçoso concluir que faz jus ao regime aberto, para início de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Estatuto Penal, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula n. 440 desta Corte Superior.

IV - O Pretório Excelso, nos termos da r. decisão proferida 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, contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, 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.

V - 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 e réu não reincidente, 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.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime prisional aberto para o início do cumprimento da pena do paciente e determinar a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos moldes do artigo 44 do Código Penal, a ser estabelecido pelo MM. Juízo a quo.

(HC 462.503/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 09/10/2018, DJe 15/10/2018)

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

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: 6B22EC24-72E9-43C7-BDB6-700340E0826A

restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Execução Penal.

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: 6B22EC24-72E9-43C7-BDB6-700340E0826A