

**HABEAS CORPUS Nº 563.407 - SP (2020/0045779-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : MARIANA ZAKIA CAVALCANTI - SP236436  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : GUSTAVO SILVA IGNACIO LOYOLLA (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 favor de GUSTAVO SILVA IGNACIO LOYOLLA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido na Apelação Criminal n. 1500789-66.2019.8.26.0548.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 5 anos de reclusão, no regime fechado, pela prática do crime tipificado no artigo 33 da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas).

O Tribunal *a quo* deu parcial provimento à apelação da defesa, reduzindo a pena para 1 ano e 8 meses de reclusão, decorrente da aplicação da minorante do § 4º, mantido o regime fechado.

No presente *writ*, a impetrante sustenta, em síntese, que o paciente preenche todos os requisitos necessários à fixação de regime mais brando. Requer a concessão da ordem nesses termos, inclusive em liminar.

O pedido de liminar foi deferido para colocar o paciente no regime aberto, até o julgamento definitivo deste *mandamus* (fls. 44/46).

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem (fls. 112/115).

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.

# *Superior Tribunal de Justiça*

A controvérsia refere-se ao regime.

Nesse ponto, asseverou o Tribunal *a quo*:

[...]

*Assim sendo, presentes os requisitos legais, o recorrente faz jus à fração de redução máxima (dois terços), o que resulta na pena final de um ano e oito meses de reclusão e pagamento de cento e sessenta e seis dias-multa, no piso mínimo.*

*O regime prisional inicial fechado é o único compatível com a natureza do crime, que revela a periculosidade concreta do agente, que com sua conduta gera instabilidade em inúmeros lares, exigindo, em consequência, resposta penal mais enérgica com a qual não é compatível solução mais branda. Nesse tópico, é sempre pertinente lembrar que os mercadores de entorpecentes criam um poder paralelo que desafia e se opõe às autoridades constituídas, destrói pessoas e famílias, subjuga comunidades inteiras, e aniquila o futuro de crianças e jovens, decorrendo de suas condutas gravíssimas consequências para a sociedade. Ainda, não se desconhece o teor das Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e 440 do Superior Tribunal de Justiça, mas o caso concreto, por si só, revela a total inadequação de regime mais brando. (fls. 38/39).*

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 deve 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 ÍNFINITA DE DROGA APREENHIDA (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, de minha Relatoria, QUINTA TURMA, DJe 29/03/2017).

**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

# Superior Tribunal de Justiça

*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).

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

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 24 de março de 2020.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator