

HABEAS CORPUS Nº 483.795 - SP (2018/0332574-9)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : GERCIEL GERSON DE LIMA
ADVOGADO : GERCIEL GERSON DE LIMA - SP0170939
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EVANDRO DE OLIVEIRA MATTOZINHO
OUTRO NOME : EDERSON EIRAS DOS SANTOS

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **EVANDRO DE OLIVEIRA MATTOZINHO**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Segundo consta dos autos, o paciente foi condenado à pena de 8 anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 1.200 dias-multa, como incurso nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006.

Em grau recursal, o Tribunal de origem proveu parcialmente o apelo defensivo para, com base no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, absolver o paciente da imputação de tráfico ilícito de drogas e reduzir as penas para 3 anos de reclusão e 700 dias-multa, mantendo o regime inicial fechado (e-STJ, fls. 78-101).

Neste *writ*, alega o impetrante constrangimento ilegal, visto que a fixação do regime fechado fundou-se na gravidade abstrata do crime, em afronta às Súmulas n. 718 e 719 do STF e 440 do STJ. Aduz que a detração deveria ter sido aplicada ao paciente pelo Tribunal *a quo* no momento do julgamento, o que conduziria, ainda que mantido o regime prisional fechado, ao estabelecimento de regime mais brando ou ao reconhecimento da prescrição.

Por fim, sustenta que as condições pessoais do paciente são favoráveis. "O paciente é primário, tem filhos menores que dependem totalmente do pai para sua sobrevivência, o que torna ainda mais urgente a revogação do mandado de prisão do mesmo, para que permaneça em seu trabalho e sustente sua família, com a dignidade com a qual vem fazendo, sendo certo que desde o episódio isolado que culminou com o processo e condenação ora discutida, não mais se envolveu em qualquer ilícito".

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para que seja expedido contramandado de prisão em nome do paciente, e seja fixado o regime aberto para cumprimento do remanescente de sua reprimenda.

O pedido de medida liminar foi indeferido (e-STJ, fl. 116).

O Ministério Público Federal opina pela denegação da ordem (e-STJ, fl. 125-127).

É o relatório.

Decido.

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido 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.

Passo, assim, ao exame das alegações trazidas pela defesa.

Conforme relatado, o Tribunal de origem, ao prover em parte o apelo defensivo e absolver o paciente pela prática do crime de tráfico de drogas, manteve o

regime inicial fechado para o cumprimento da pena de 3 anos de reclusão, pelo crime de associação, em decisão assim fundamentada:

"Quanto ao regime prisional, cumpre observar que o crime de associação para o tráfico de drogas não integra o rol de crimes hediondos ou a eles equiparados, previsto na Lei nº 8.072/1990, sendo considerado crime comum, daí porque, via de consequência, impossível lançar mão de analogia, em prejuízo do condenado, para o fim de considerá-lo dessa natureza e fixar o regime prisional inicial fechado.

As circunstâncias do caso concreto, sobretudo a participação ativa dos réus na facção criminosa 'PCC', viabilizando a prática do nefasto tráfico de tóxicos dentro e fora de estabelecimentos prisionais, impedem a aplicação de penas alternativas e recomendam a imposição do regime inicial fechado para o desconto da sanção carcerária" (e-STJ, fl. 100).

De início, convém destacar que a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e os a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento as diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com a preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

No caso, observa-se que o Tribunal de origem apontou circunstâncias concretas aptas a justificar a imposição do regime mais grave, na medida em que destacou a participação ativa dos réus em determinada facção criminosa e a viabilidade do grupo de praticarem tráfico de drogas de dentro e fora dos estabelecimentos prisionais.

Contudo, aplicada a pena em patamar inferior a 4 anos de reclusão e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, assim como primário o réu, o regime semiaberto é o adequado para o início do cumprimento da pena reclusiva, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP.

No mesmo sentido, os seguintes precedentes:

"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. IMPOSSIBILIDADE. 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 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)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. REGIME FECHADO, MAIS GRAVOSO QUE A PENA APLICADA (3 ANOS). GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. LIDERANÇA NA ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. REGIME DESPROPORCIONAL. APLICAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento do 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.

2. A jurisprudência desta Corte, quanto à fixação do regime prisional, firmou-se no sentido de que é necessária a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, na primariedade do acusado e na gravidade concreta do delito, evidenciada esta última por um *modus operandi* que desborde dos elementos normais do tipo penal violado. 3. No caso, embora o paciente seja primário, condenado a pena privativa de liberdade inferior a 4 anos, o regime mais gravoso foi estabelecido mediante fundamentação concreta, porquanto o acusado exercia o papel de liderança na associação criminosa. Porém, apesar de ser válido o fundamento utilizado, o regime inicial fechado é extremamente rigoroso para a pena aplicada, de forma que o

paciente faz jus ao regime semiaberto, na esteira do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. Precedentes.

4. Quanto à substituição, dado os referidos elementos, verifica-se que as circunstâncias do caso concreto não recomendam.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime prisional semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda."

(HC 434.551/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 07/05/2018)

Constata-se, ademais, que os corréus Levi Wilkerson de Paula, Roseli Aparecida Padilha, Isac de Lara Martins, Givanildo Rodrigues e Rafael Azeredo Redondo Rocha estão em idêntica situação fática processual do paciente, o que, autoriza, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal, a extensão dos efeitos dessa decisão para que eles também iniciem o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semiaberto.

Por fim, registre-se que "A questão atinente à detração do tempo de prisão cautelar não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*, ficando esta Corte impedida de apreciar o tema sob pena de incidir em indesejada supressão de instância" (HC 442.834/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 14/08/2018).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para estabelecer ao paciente o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade, decisão que estendo aos corréus Levi Wilkerson de Paula, Roseli Aparecida Padilha, Isac de Lara Martins, Givanildo Rodrigues e Rafael Azeredo Redondo Rocha, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 12 de fevereiro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator