

RCD no HABEAS CORPUS Nº 493.395 - SP (2019/0042541-4)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
REQUERENTE : ROGERIO SENE PIZZO
ADVOGADO : ROGÉRIO SENE PIZZO - SP258294
REQUERIDO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : NATA EZEQUIEL SEBASTIAO

DECISÃO

Às fls. 27/28 assim decidi:

Pelo exame dos autos, o presente *writ* deve ser indeferido liminarmente.

Isso porque o impetrante não se desincumbiu do ônus de instruir suficientemente o *habeas corpus* com a cópia da sentença condenatória, peça essencial para a verificação da verossimilhança das alegações e que poderia dar suporte à premissa da defesa.

Como sabido, o *habeas corpus*, ação constitucional de natureza mandamental destinada a afastar eventual ameaça ao direito de ir e vir, tem, em razão de seu escopo, natureza urgente, e, por essa razão, não comporta dilação probatória e exige prova pré-constituída das alegações, a qual deve ser trazida no momento do seu ajuizamento, cabendo o ônus da instrução ao impetrante, em especial, quando se tratar de advogado.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. PROGRESSÃO DE REGIME. ESTABELECIMENTO INADEQUADO. FALTA DE VAGA. AUTOS DEFICIENTEMENTE INSTRUÍDOS. ÔNUS DA DEFESA. DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO MANDAMUS. ILEGALIDADE INEXISTENTE.

1. O *habeas corpus* se presta a sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em evidente coação ou ameaça à liberdade de locomoção. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória. Como consequência, deve haver prova pré-constituída da ilegalidade apontada.

[...]

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC n. 196.824/SC, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 28/11/2011 – grifo nosso)

E ainda: HC n. 155.877/PB, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 2/2/2012; HC n. 211.459/PB, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 19/12/2011; e HC n. 187.273/PE, minha relatoria, Sexta Turma, DJe 1º/2/2012.

Ante o exposto, com fundamento no art. 210 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, indefiro *in limine* o pedido.

Publique-se.

Mediante petição protocolizada sob o n. 00071835/2019, o

impetrante requer a reconsideração da decisão monocrática que indeferiu liminarmente o presente *writ*, juntando a documentação correspondente (fls. 30/50).

É o relatório.

O presente pedido de reconsideração merece acolhimento, uma vez que foi juntada a respectiva documentação, sendo viável, portanto, a verificação da verossimilhança das alegações.

Infere-se dos autos que o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Franca/SP, em 24/5/2018, julgou procedente a Ação Penal n. 0000377-97.2017.8.26.0608, para o fim de condenar o ora paciente à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 166 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, negado o recurso em liberdade (fls. 33/39).

Irresignada, a defesa interpôs o recurso de apelação, objetivando a absolvição por insuficiência probatória ou a desclassificação do delito de tráfico de drogas para simples porte de drogas para uso próprio e, subsidiariamente, pleiteia a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e o abrandamento do regime prisional. O Tribunal *a quo*, por unanimidade, negou provimento ao recurso defensivo, em acórdão assim ementado (Apelação n. 0000377-97.2017.8.26.0608 - fl. 42):

Apelação Criminal - Tráfico ilícito de entorpecentes - Absolvição por insuficiência probatória - Inocorrência - Autoria e materialidade bem demonstradas - Depoimentos dos policiais firmes e coesos - Condenação que se sustenta - Inviável a desclassificação do crime para simples porte de drogas para uso próprio, o abrandamento do regime prisional e a substituição da reprimenda carcerária por restritivas de direitos - Pena e regime prisional adequadamente estabelecidos - Recursos não providos.

Daí o presente *writ*, no qual o impetrante sustenta, liminarmente, *que seja arbitrado o **REGIME ABERTO** para início do cumprimento da pena ao Paciente **NATÃ EZEQUIEL SEBASTIÃO** e, no mérito, **a concessão definitiva da ordem de Habeas Corpus, para o fim de que seja arbitrado o regime aberto para início do cumprimento da pena, com posterior***

substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito a ser indicada pela Vara das Execuções Criminais (fls. 12/13).

Traz como razões da impetração que (fls. 3/7):

o paciente vem sofrendo grave constrangimento ilegal, pois, mesmo com a aplicação da pena em seu patamar mínimo (1 ano e 8 meses), foi determinado o regime fechado para o início do cumprimento da pena em razão da gravidade em abstrato do crime.

A presença de todos os requisitos favoráveis do paciente pode ser facilmente observada pela pena aplicada, pois houve a redução prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06 em seu patamar máximo (2/3).

No entanto, mesmo com o reconhecimento das condições favoráveis do paciente, foi aplicado o regime inicial fechado para o cumprimento da pena.

[...] no v. acórdão proferido pelo E. TJSP, podemos observar facilmente que o regime inicial fechado foi determinado em razão exclusiva da gravidade em abstrato do crime (crime equiparado a hediondo), que é inadmissível.

A decisão proferida pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (3ª Câmara de Direito Criminal) contraria expressamente o que determina a norma do artigo 33, 59 e as Súmulas 440 do Superior Tribunal de Justiça e Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

[...]

Dessa forma, podemos observar que não é admissível a aplicação de regime mais severo com fundamento apenas na gravidade em abstrato do crime, ou seja, o v. acórdão proferido pelo E. TJSP deverá ser reformado neste sentido.

Saliente-se que, o fundamento utilizado pelo E. TJSP para aplicar o regime fechado à paciente é completamente descabido, e assim, não restam quaisquer dúvidas quanto a ilegalidade de tal fundamentação.

Agora, em se tratando da substituição de pena, cumpre informar que o Senado Federal aprovou a Resolução nº 5, de 2012, que suspendeu a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direito" do § 4º do Art. 33 da Lei 11.343/06, declarada inconstitucional pelo Colendo Supremo Tribunal Federal nos autos do HC nº 97.256/RS.

Dessa forma, diante da comprovação do não envolvimento do paciente com organizações criminosas, (reconhecido no acórdão proferido pelo E. TJSP), bem como de sua primariedade e da pena aplicada (1 ano e 8 meses), fica demonstrado que o paciente faz jus em iniciar o cumprimento de sua pena no regime aberto, com posterior substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Pois bem. Neste juízo de cognição preliminar, percebo a presença concomitante do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Relativamente à questão do regime prisional, ao menos em um juízo

perfunctório, verifica-se que o pedido formulado, além de revestir-se de plausibilidade jurídica, está amparado pelo *periculum in mora*, sendo o caso de deferir-se a medida de urgência.

Isso porque, fixada a pena-base no mínimo legal (fl. 38), a reprimenda definitiva imposta inferior a 4 anos, as circunstâncias judiciais todas favoráveis, inclusive, aplicada a minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em seu patamar máximo (2/3) em primeira instância e assim mantida em sede de apelação pelo Tribunal *a quo*, no meu sentir, *à primeira vista*, parece um verdadeiro contrassenso impor regime prisional mais gravoso - *fechado* - do que aquele estabelecido no ordenamento jurídico aplicável à espécie.

Sob esta moldura, **defiro** a liminar para assegurar ao paciente **Natã Ezequiel Sebastião** o direito de aguardar em regime aberto o julgamento de mérito do presente *writ*.

Quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, deverá ser apreciada no momento apropriado pelo Colegiado.

Comunique-se com urgência.

Solicitem-se informações à autoridade apontada como coatora e, com estas, abra-se vista ao Ministério Público Federal.

Após, devolvam-se os autos.

Publique-se.

Brasília, 19 de fevereiro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator