HABEAS CORPUS Nº 500.552 - SP (2019/0084685-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	RODRIGO HIPOLITO FERNANDES E OUTRO
ADVOGADOS	:	JESUÉ HIPOLITO FERNANDES - RJ154733
		RODRIGO HIPOLITO FERNANDES - SP371413
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ARACELY DOS SANTOS PEZZUTO ARGUERRO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **ARACELY DOS SANTOS PEZZUTO ARGUERRO,** em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Na origem, constata-se a condenação da paciente à pena de 3 anos e 11 meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime do art. 33, *caput*, c.c. § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Impetrado *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, foi denegada a ordem:

> "HABEAS CORPUS Paciente condenada pela prática do delito de tráfico de substâncias entorpecentes Fixação do regime inicial fechado para desconto da pena Inviolabilidade do princípio constitucional da presunção de inocência Increpada que permaneceu recolhido cautelarmente durante a instrução processual Impossibilidade de modificação do regime prisional inicial por meio do writ Precedentes Detração que demanda avaliação de pressupostos objetivos e subjetivos Impossibilidade nesta estreita via Manutenção da r. sentença Denegação da ordem".

Neste *writ*, alega a defesa constrangimento ilegal diante da fixação de regime prisional mais gravoso, embora fixada a pena-base no mínimo legal.

Pugna pela concessão da ordem para o abrandamento do modo de cumprimento de pena, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida (e-STJ, fls. 62-63).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem, de ofício, para se fixar o regime aberto (e-STJ, fls. 113-119).

É o relatório.

Decido.

Esta Corte 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.

No caso, tem-se como manifesto o constrangimento ilegal imposto ao paciente, a autorizar a concessão da ordem, de ofício.

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.

In casu, o regime mais gravoso (fechado) foi imposto com base em mera fundamentação *ope legis*, decorrente de norma já declarada inconstitucional, o que não é admissível segundo reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp 1.434.726/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015; AgRg no REsp 1.523.103/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 3/8/2015).

Dessa forma, estabelecida a pena final em patamar inferior a 4 anos de reclusão, verificada a primariedade do agente e a análise favorável das circunstâncias judiciais, o regime aberto é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva, de acordo com o disposto no art. 33, § 2º, alínea "c", do CP, sobretudo quando não significativa a quantia de entorpecente apreendido (52g de maconha e 50g de cocaína).

No mesmo sentido:

> "PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PENA INFERIOR À 4 (QUATRO) ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. ENUNCIADOS 440 DO STJ E 718 E 719 DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
>
> 1. Esta Corte 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.
>
> 2. Conforme o entendimento reiterado desta Corte, a gravidade abstrata acerca do crime, não justifica à fixação de regime prisional mais gravoso, sobretudo quando o condenado é primário e detentor de bons antecedentes e a pena-base foi fixada no mínimo legal, como na hipótese. Viola o entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça e nas Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.
>
> 3. O quantum da condenação (3 anos e 6 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.
>
> 4. Havendo o paciente preenchido os requisitos do art. 44 do Código Penal, deve a pena corporal ser substituída por penas restritivas de direitos.
>
> 5. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo

> Juízo competente." (HC 327.852/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 09/12/2015)

Por fim, pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente, circunstâncias judiciais favoráveis e quantidade não significativa de droga apreendida), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser definida pelo Juízo de primeiro grau (AgRg no REsp 1.622.395/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 05/12/2016).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem, **de ofício**, para fixar o regime aberto como o inicial para o cumprimento da pena reclusiva, assim como para substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser estabelecida pelo Juízo da execução.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 08 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator