HABEAS CORPUS Nº 483.162 - PR (2018/0328661-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	ADRIANA APARECIDA DA SILVA
ADVOGADO	:	ADRIANA APARECIDA DA SILVA - PR0030707
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE	:	ALESANDRA FERREIRA DA SILVA DE OLIVEIRA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio e com pedido de liminar impetrado em favor de **ALESANDRA FERREIRA DA SILVA DE OLIVEIRA** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

A paciente foi condenada pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 2 anos e 7 meses de reclusão em regime inicial semiaberto, além do pagamento de 270 dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs apelação na Corte de origem, que foi improvida.

Neste *mandamus*, a impetrante sustenta haver constrangimento ilegal, tendo em vista que a paciente é primária e sua pena foi fixada em patamar inferior a 4 anos, portanto, é cabível que se faça a alteração do regime inicial semiaberto para o aberto, a teor do art. 33 do Código Penal e das Súmulas n. 719/STF e 440/STJ.

Aduz ainda haver violação ao princípio da presunção de inocência, uma vez que se determinou o início da execução da pena antes do trânsito em julgado e antes que esgotada a competência deste Tribunal.

Requer a concessão da ordem, a fim de se alterar o regime inicial de cumprimento de pena, bem como para se suspender sua execução provisória.

Liminar indeferida (e-STJ, fl. 95).

O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento do *writ* e, caso conhecido, pela denegação da ordem pleiteada (e-STJ, fls. 171-173).

É o relatório.

Decido.

O Superior Tribunal de Justiça 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 sentença fixou o regime intermediário nos seguintes termos:

> "Neste sentido, a despeito da fixação de pena em patamar inferior a 04 anos, o que autorizaria, nos termos do art. 33 do CP, a concessão do regime aberto, tenho que a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios preconizados nos arts. 59 do CP e 42, da Lei nº 11.343/06. Assim, considerando a existência de circunstância judicial desfavorável (circunstâncias do fato), a considerável quantidade da droga, além da própria natureza do delito e a necessidade de a pena expressar a reprovabilidade do crime praticado, e com fundamento no art. 33, § 3º, do CP, fixo como regime inicial de cumprimento de pena o semiaberto." (e-STJ, fls. 57-58.)

O Tribunal de origem manteve os termos da sentença pelos seguintes fundamentos:

> "Ainda, no que concerne ao regime inicial fixado e à substituição da pena privativa de liberdade da ré Alessandra por restritivas de direitos, mais uma vez sem razão à defesa, tendo agido de forma acertada o Magistrado *a quo*, tudo em consonância com o que dispõe o §3º, do art. 33, da do CP e art. 42 da Lei nº 11.343/2006, bem como em sintonia com o entendimento reiterado da jurisprudência." (e-STJ, fls. 88-89.)

Como é cediço, 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 à reparação da infração penal, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, 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.

In casu, embora a paciente seja primária e a pena tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva, diante da aferição desfavorável de circunstâncias judiciais e, sobretudo, a quantidade de droga apreendida – 2,100kg (dois quilos e cem gramas) de maconha –, que justificaram a fixação da pena-base acima do mínimo legal, nos termos do art. 33 do CP, c/c o art. 42 da Lei nº 11.343/2006.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes precedentes:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
> 1. A decisão agravada é clara ao reconhecer que, diante da análise desfavorável, na primeira fase da dosimetria da pena, da quantidade, da natureza e da diversidade de entorpecentes apreendidos - cerca de 10 g de *crack*, 26 g de cocaína e 62 g de maconha -, é cabível a imposição de regime mais gravoso. Todavia, como a reprimenda fixada ao réu é inferior a 4 anos de reclusão, o modo adequado é o semiaberto.
> 2. Agravo regimental não provido." (AgRg no HC 438.993/SP, rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, j. 7/6/2018, DJe 15/6/2018.)

> "AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. QUANTIDADE DE DROGA. MODO SEMIABERTO. RECURSO NÃO PROVIDO.
> - Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado

> pelo delito de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.
> - Aplicada a sanção corporal no patamar de 1 ano e 8 meses de reclusão e sendo favoráveis as demais circunstâncias ao paciente, o regime inicial semiaberto é o adequado e suficiente para o cumprimento da pena reclusiva, diante da valoração desfavorável da quantidade e da diversidade dos entorpecentes apreendidos, nos termos do art. 33, § 3°, do CP, c.c o art. 42 da Lei de Drogas. Precedentes.
> - A decisão agravada encontra-se alinhada à jurisprudência desta Corte, que permite a fixação do regime imediatamente mais gravoso do que a pena comporta com lastro na quantidade/nocividade das drogas que o caso envolve.
> - Agravo regimental não provido." (AgRg no HC 406.339/SP, rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, j. 5/10/2017, DJe 16/10/2017.)

Relativamente à execução provisória da pena, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao negar o HC n. 126.292 (Relator Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/2/2016), passou a adotar o entendimento de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal". Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula n. 267/STJ.

Sobre o tema, confiram-se estes julgados:

> "DIREITO PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADMISSIBILIDADE. MÉRITO. ROUBO QUALIFICADO. PACIENTE CONDENADO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, GARANTIDO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. SENTENÇA CONFIRMADA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.
> [...]
> 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência (HC n. 126292, julgado no dia 17 de fevereiro de 2016).
> 3. No particular, como a sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal de origem e porquanto encerrada a jurisdição das instâncias ordinárias (bem como a análise dos fatos e provas que assentaram a culpa do condenado), é possível dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, sem que isso importe violação do princípio constitucional da presunção de

> inocência. Ademais, a sentença assegurou ao paciente o direito de recorrer em liberdade, o que representa a prerrogativa de apelar em liberdade, como ocorreu, tendo em vista que os recursos especial e extraordinário não são dotados, regra geral, de efeito suspensivo.
> 4. *Habeas Corpus* não conhecido. Cassada, de ofício, a liminar outrora deferida em benefício do paciente e recomendada a análise da detração penal."
> (HC 350.518/SP, rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, j. 17/5/2016, DJe 24/5/2016.)
>
> "PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA PELO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA. NOVO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126292. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.
> 1. Não se constata ilegalidade no decreto de prisão quando proferido em acórdão condenatório em sede de apelação criminal nos termos da nova orientação da Sexta Turma ao apreciar o HC 352.845/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 26/4/2016, DJe 3/5/2016, adotando recente orientação, fixada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, de 17/2/2016, DJe 17/5/2016), segundo o qual, a execução provisória da condenação penal, na ausência de recursos com efeito suspensivo, não viola o constitucional princípio da presunção de inocência.
> 2. *Habeas corpus* denegado." (HC 354.470/SP, rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, j. 2/6/2016, DJe 16/6/2016.)

Com efeito, encerrada a jurisdição das instâncias ordinárias, é possível dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, sem que isso ofenda o núcleo essencial do princípio da presunção de não culpabilidade (ou princípio da presunção de inocência), como ocorre no caso, uma vez que julgada a apelação não foram opostos embargos de declaração subsequentes.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus.*

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 19 de março de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator