HABEAS CORPUS Nº 478.631 - SP (2018/0299690-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	EDUARDO LUIZ
ADVOGADO	:	EDUARDO LUIZ (EM CAUSA PRÓPRIA) - SP359842
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	EDUARDO LUIZ

DECISÃO

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em benefício próprio por EDUARDO LUIZ, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido no julgamento da Apelação n. 0000762-32.2017.8.26.0483.

Consta dos autos que o paciente foi condenado em primeiro grau à pena de 8 anos e 9 meses de reclusão, por violação ao artigo 2º, § 2º e § 4º, inciso II, c/c o artigo 1º, § 1º, ambos da Lei n. 12.850/2013 (organização criminosa), em regime prisional inicial fechado, tendo sido concedido o direito de recorrer em liberdade (fl. 111).

Interposta apelação pela defesa, o Tribunal de Justiça deu parcial provimento ao recurso para reduzir a pena imposta do paciente para 5 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, em regime prisional inicial fechado, determinando a expedição de mandado após o esgotamento das instâncias ordinárias, conforme acórdão de fls. 96/534.

No presente *writ*, o impetrante-paciente alega constrangimento ilegal decorrente da execução provisória da pena determinada pelo Tribunal estadual. Informa que foi deferida a liberdade provisória durante a instrução processual, com fundamento humanitário, consubstanciado na enfermidade de seu filho, quadro fático que permanece inalterado.

Sustenta que o regime inicial fechado foi justificado na gravidade abstrata do delito. Argumenta que a reprimenda inicial foi estabelecida no mínimo legal, que é primário e o *quantum* de pena aplicada não comporta o regime mais rigoroso, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do CP. Invoca os enunciados sumulares n. 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

Requer, em liminar e no mérito, a suspensão da execução provisória da pena e o abrandamento do regime prisional.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 571/572). As informações foram prestadas pelas instâncias ordinárias (fls. 578/582 e 585/1045).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (fls. 1047/1055).

É o relatório.

Decido.

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.

Conforme relatado, busca a defesa a suspensão da execução provisória e a fixação de regime inicial diverso do fechado.

O Juízo de primeiro grau condenou o paciente pela prática do crime de organização criminosa, e aplicou a pena de 8 anos e 9 meses de reclusão, no regime inicial fechado. Por sua vez, o Tribunal *a quo,* deu parcial provimento ao apelo do ora impetrante, para reduzir a reprimenda para 5 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão. O regime fechado foi mantido e determinou-se a execução provisória da pena, após o esgotamento das instâncias ordinárias. Estes foram os termos do acórdão, no que interessa:

> *7.3. Prossegue-se com o exame da pena e do regime prisional.*
>
> *A pena-base foi estabelecida acima do piso legal, em cinco anos de reclusão (o mínimo é de três anos e o máximo de oito anos de reclusão).*
>
> *(...)*
>
> ***E as particularidades do caso concreto efetivamente justificam a imposição de pena superior à mínima prevista pelo legislador na etapa inicial do cálculo.*** *Verifica-se que, longe de ter utilizado considerações genéricas, atinentes à gravidade abstrata dos ilícitos penais em apuração,* ***o Juiz considerou aspectos que dizem respeito diretamente ao acusado e às suas condições pessoais. É que o réu, na condição de advogado, vilipendiou, com sua conduta, uma das funções que a Constituição Federal considerou essenciais ao exercício da Justiça, maculando e lançando odiosa mancha sobre a honorável classe de profissionais da área jurídica representada pela Ordem dos***

Advogados do Brasil. E não é só. Por sua formação acadêmica, e pelo compromisso do seu grau, o apelante tinha o dever de zelar pela defesa das instituições públicas e dos direitos fundamentais dos cidadãos. Nada obstante, com o seu comportamento, o recorrente subverteu esses valores, dando suporte para que uma perigosa organização criminosa, da qual passou a ser integrante, levasse avante os seus fins ilícitos, em prejuízo da sociedade. Todos esses elementos apontam para a presença de culpabilidade exacerbada, maior reprovabilidade da conduta incriminada e estremada gravidade das conseqüências do comportamento ilicito. *É inquestionável, portanto, que as circunstâncias judiciais, elencadas no artigo 59 do Código Penal, são desfavoráveis ao recorrente, o que justifica a imposição da pena-base acima do mínimo legal, sem que isso represente afronta ao teor das súmulas 718 e 719, ambas do Superior Tribunal de Justiça, invocadas nas razões recursais.*

No entanto, importa considerar que, mesmo de forma obliqua. uma parcela dos argumentos utilizados na sentença para justificar a imposição da pena inicial em cinco anos de reclusão envolve aspectos que dizem respeito ao crime de corrupção ativa. E esse delito, ou foi objeto de trancamento parcial da ação penal (Habeas Corpus n" 2009202-74.2017.8.26.0000). ou. no tocante aos réus que continuam a ser processados por ele, deverá ter os seus elementos considerados na respectiva dosimetria.

Diante disso, e tendo-se em conta, ainda a primariedade do agente, que é condição pessoal favorável que não pode ser ignorada, a pena-base fica reduzida para quatro anos de reclusão.

Na segunda fase do cálculo, não incidiram circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Na etapa final, foram acertadamente reconhecidas as causas de aumento previstas nos parágrafos 2° e 4°. do artigo 2°. da Lei Federal n° 12.850/2013.

Há indicativos seguros nos autos, e aliás, é fato público e notório, que a organização criminosa denominada "Primeiro Comando da Capital - PCC", que o réu passou a integrar, emprega armas de fogo em suas diversas atividades ilícitas.

E é indiferente que nenhum armamento tenha sido encontrado em poder do acusado, ou que ele não tenha participado, diretamente, de nenhuma ação criminosa realizada com o emprego de armas.

Até em função do disposto no artigo 30 do Código Penal, segundo o qual somente as circunstâncias e as condições de caráter pessoal não se comunicam, a utilização de arma de fogo, que é circunstância objetiva, se estende a todos os membros da facção, mesmo àqueles que, no desempenho de atribuições especificas, como o recorrente, não tem contato com o armamento.

(...)

Contudo, o aumento máximo de metade, pela causa de aumento em análise, revela-se excessivo. *Não se desconsidera o expressivo potencial bélico que vem sendo revelado pela organização*

criminosa de que se trata. Porém, em respeito á necessária individualização da sanção, é imperioso que seja observada a situação de cada um dos acusados e. nesse particular, o grau de proximidade de cada qual com a liderança da facção. Quando mais próximo da cúpula do Primeiro Comando da Capital - PCC o réu tiver se revelado, maior deve ser a fração de aumento.

No caso do apelante. pela causa de aumento do parágrafo 2°. do artigo 2°. da Lei Federal n° 12.850/2013. em face do que se apurou nos autos, mostra-se suficiente um acréscimo de 1/6.

De outra sorte, descortinou-se, ao cabo da instrução, que um funcionário público por equiparação, com posição de destaque no Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana - CONDEPE, foi cooptado pela organização criminosa, passando a receber determinada quantia mensal para, mediante a utilização do seu cargo público, exercer influência sobre autoridades, visitar presídios a fim de apurar denúncias falsas feitas por advogados vinculados à facção, e viabilizar a apresentação de reclamação contra o Estado de São Paulo perante organismos internacionais.

(...)

É certo, portanto, que o "Primeiro Comando da Capital - PCC", passou a se valer da condição de funcionário público por equiparação do referido agente, e do elevado cargo por ele ocupado no Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana - CONDEPE, para incrementar e facilitar as suas práticas criminosas.

E isso é mais do que suficiente para a incidência da causa de aumento do parágrafo 4º, inciso II, do artigo 2º, da Lei Federal n° 12.850/2013, para o que, segundo a lição doutrinária, "exige-se que o funcionário público, nessa condição, atue em beneficio da organização criminosa, ou, com sua ação, facilite o êxito criminoso daquela" (Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato in "Comentários á Lei de Organização Criminosa - Lei n° 12850/2013", Saraiva, 2014, P9- 65).

A fração de aumento adotada, de 1/6, já é a mínima prevista, pelo que permanece inalterada.

Assim, observados esses novos parâmetros, a pena de Eduardo passa a totalizar cinco anos, cinco meses e dez dias de reclusão, montante para o qual fica aqui e agora reduzida.

Apesar da reprimenda carcerária estabelecida ser inferior ao limite previsto pelo artigo 33, parágrafo 2o, alínea "a", do Código Penal, o regime prisional inicial fechado revela-se pertinente, em face da periculosidade concreta revelada pelo agente, *e da natureza do crime perpetrado, que tanto intranquiliza a sociedade, e exige resposta enérgica, com a qual não é suficiente, compatível e adequada solução mais branda.*

(...)

Acrescenta-se que, para a escolha do regime prisional inicial, devem ser observadas as diretrizes dos artigos 33 e 59, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos relativos à conduta delitiva que, se demonstrarem a gravidade concreta do crime, podem ser invocados

> ***pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo quantum da pena.***
>
> ***No caso em exame, como destacado por ocasião do cálculo da pena-base do agente, por isso mesmo estabelecida acima do patamar minimo. diversos elementos revelam a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis. como elevada culpabilidade. grande reprovabilidade da conduta e graves conseqüências do comportamento ilícito.***
>
> *(...)*
>
> *Prevalece, portanto, para o desconto inicial da pena privativa de liberdade, a modalidade carcerária fechada.*
>
> *(...)*
>
> ***Uma vez esgotado o prazo para apresentação de eventuais embargos, expeça-se mandado de prisão em desfavor de Eduardo, por força da decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus n° 126.292/SP, não se podendo mais invocar causa que, por mais relevante que seja, tenha o condão de impedir o início do cumprimento da sanção privativa de liberdade.*** *Oficie-se ao Superior Tribunal de Justiça, transmitindo-se cópia da presente decisão, em função da tramitação, naquela Corte, do HC n° 391354/SP, HC n° 410858/SP, HC n° 412224/SP, HC n° 395513/SP, RHC n° 88997/SP, RHC n° 93352/SP, RHC n° 99634/SP, RHC n° 86889/SP, RHC n° 93323/SP, RCL n° 36314/SP, todos de interesse dos apelantes (fls. 354/534).*

Inicialmente, no que diz respeito à execução provisória, no julgamento do HC n. 126.292/MG, realizado em 17/2/2016, o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, passou a admitir a possibilidade de imediato início do cumprimento provisório da pena após o exaurimento das instâncias ordinárias, inclusive com restrição da liberdade do condenado, por ser o recurso extraordinário desprovido de efeito suspensivo, sem que isso implique violação ao princípio da não culpabilidade.

Esta Corte de Justiça, por sua vez, também adotou o aludido posicionamento, mormente a partir do julgamento pela egrégia Sexta Turma dos EDcl no REsp n. 1.484.415/DF, da relatoria do eminente Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, cujo brilhante voto sintetiza a *quaestio* em debate conforme se verifica dos trechos a seguir transcritos:

> *"Ao que tudo está a indicar, a decisão, proferida, pela composição plena do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 126.292-MG (ainda não publicado), evidencia que a mais elevada Corte do país, a quem a Lex Legis incumbe a nobre missão de "guarda da*

Constituição" (art. 102, caput, da CF), sufragou pensamento afinado ao de Gustavo Zagrebelsky – juiz que já presidiu a Corte Constitucional da Itália –, para quem ***o direito é disciplina prática, necessariamente ancorada na realidade****. Assim especifica, verbis:*

(...) Se o direito deve se voltar à realidade, é dizer, se deve operar em cada caso concreto conforme o valor que os princípios assinalam à realidade, ***não se pode controlar a validade de uma norma tomando em consideração exclusivamente o que ela diz****. Não basta considerar o direito dos livros, é preciso ter em conta o direito em ação; não basta uma validade lógica,* ***é necessário uma validade prática****" (Zagrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil. 2. ed. Madri: Trotta, 1997, p. 123. Destaquei.).*

Deveras, em diversos pontos dos votos dos eminentes juízes que participaram da sessão ocorrida em 17 de fevereiro próximo passado, assinalou-se, como móvel para a referida guinada jurisprudencial, a gravidade do quadro de "desarrumação" do sistema punitivo brasileiro, máxime por permitir a postergação da definição do juízo de condenação, mercê dos inúmeros recursos previstos na legislação processual penal.

[...]

O exemplo, que se repete, com assiduidade, no cotidiano dos tribunais, evidencia a patologia do sistema criminal brasileiro e também mostra, com clareza meridiana, que a maior parte dos recursos são manejados já no exercício da jurisdição extraordinária, onde se sucedem agravos regimentais e embargos declaratórios a cada decisão, monocrática ou colegiada, que se toma.

Também não posso deixar sem registro – sem qualquer emissão de juízo de valor a respeito – que ***talvez em nenhum outro país do mundo o instituto do habeas corpus tenha alcançado, por conta da assim chamada "doutrina brasileira do habeas corpus", tamanha elasticidade*** *quanto ao seu cabimento e possibilidade de utilização. De ação voltada à proteção da liberdade, em decorrência de coação ilegal, atual ou iminente, o remédio heroico, como dito na Exposição de Motivos do projeto de reforma do Código de Processo Penal (em trâmite na Câmara dos Deputados), transformou-se em "****sub-rogado universal das impugnações recursais****", do que resulta sempre a permissão para que, mesmo na pendência de recurso extraordinário sem efeito suspensivo, se faça uso do writ – ou de medida cautelar – para sobrestar agressão, atual ou iminente, à liberdade de locomoção do indivíduo.*

Certo é que, em decorrência dessa ***pletora de meios impugnativos****, que engendra, a cada instância inaugurada no curso processual, uma* ***infindável reapreciação dos mesmos temas já anteriormente debatidos*** *– o que, na compreensão, v.g., dos ministros Teori Zavascki, Luiz Fachin, Roberto Barroso, Luiz Fux e Gilmar Mendes, condiciona a concretização do ius puniendi do Estado a que o acusado não mais interponha outro recurso, de modo a alcançar-se o trânsito em julgado da condenação – a* ***Suprema Corte acabou***

assumindo, na dicção do Ministro Roberto Barroso, "papel decisivo nessa rearrumação".

Quiçá fosse mais adequado, para tal propósito, o caminho legislativo. E nessa direção já se tentou andar, por meio da frustrada PEC dos Recursos, que objetivava racionalizar a jurisdição extraordinária, de maneira a permitir maior eficiência da justiça criminal, assegurando densificação a outro princípio muito caro a todo e qualquer processo penal moderno, e que também encontrou positivação na Carta de 1988, o ***princípio da duração razoável do processo*** *(art. 5º, inc. LXXXVIII), cuja redação ("a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação") sugere que* ***sua titularidade se estende não apenas ao indivíduo alcançado pela justiça criminal****, como usualmente se verifica em relação aos demais direitos que integram o Bill ofRights,* ***mas também à parte contrária****, que, no processo penal, representa os interesses de toda a comunhão social.*

[...]

Não haveria, assim me parece, impedimento a que se promovesse a alteração do texto positivado no art. 5º, inciso LVII da Carta de 1988, prescrevendo fórmula semelhante, que permitiria – por não vincular a presunção de inocência ao trânsito em julgado da condenação – o início do cumprimento da pena mesmo na pendência de eventual recurso especial ou extraordinário, em que, como sabido, não se permite discussão sobre matéria fática ou probatória.

Decerto que, a meu aviso, tal modificação não importaria em supressão ou abolição da referida garantia – o que reclamaria incidência da vedação contida no art. 60, § 4º, da C.R. – pois o núcleo essencial da presunção de inocência continuaria preservado.

Reafirmo que não se cogita, ainda que remotamente, de abolir ou diminuir essa verdadeira conquista civilizatória. Contudo, ***preservado o núcleo essencial dessa garantia****, não haveria razão para se impedir que, ajustada sua redação por meio de reforma constitucional, fosse alcançado o* ***salutar e desejado equilíbrio entre os interesses individuais e os interesses sociais que permeiam tanto a persecução quanto a punição de autores de condutas criminosas****.*

Equilíbrio, aliás, que há de ser sempre perseguido quando se trata de compatibilizar ***interesses igualmente legítimos de punição dos culpados e de proteção dos inocentes****. Assim, a busca da eficiência no processo penal não se contrasta com a necessária salvaguarda das garantias individuais. Antes, em um sistema processual bem ordenado,* ***as garantias concorrem para assegurar a eficiência do processo"*** *(GREVI, Vittorio. Alla ricercadiun processo penalegiusto. Milão: Giuffrè, 2000, p. 13).*

Em reforço à jurisprudência colacionada na decisão vergastada, vale lembrar, ademais, os seguintes precedentes, oriundos de ambas as Turmas que julgam a

matéria criminal nesta Corte Superior, *in verbis*:

> *HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. TRÁFICO DE DROGAS. ACESSO A MENSAGENS CONTIDAS EM APARELHO CELULAR POR OCASIÃO DO FLAGRANTE. ILICITUDE DA PROVA DECORRENTE DA MEDIDA. TEORIA DA FONTE INDEPENDENTE. COAÇÃO ILEGAL NÃO CONFIGURADA.*
>
> *(...)*
>
> ***EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTO.***
>
> ***1. No julgamento do HC 126.292, o Supremo Tribunal Federal passou a reconhecer a possibilidade de execução provisória da pena desde a prolação do acórdão confirmatório de condenação pelo Tribunal de apelação, inexistindo, nesse sentido, afronta ao princípio da presunção de inocência. Esse entendimento foi reafirmado no julgamento das Medidas Cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 e ratificado no julgamento do ARE n. 964.246/SP, sob a sistemática da repercussão geral.***
>
> ***2. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça adotou essa orientação, tendo passado a entender que, inexistindo a concessão de efeito suspensivo aos recursos extraordinário ou especial interpostos perante os Tribunais Superiores, não há qualquer impedimento para o cumprimento imediato da pena privativa de liberdade. Precedentes.***
>
> ***3. No julgamento das apelações defensivas, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná determinou o início da execução provisória das penas, apesar de a sentença condenatória ter permitido ao paciente recorrer em liberdade.***
>
> ***4. Não há ilegalidade no ato coator, uma vez que a análise na sentença do artigo 387, § 1º, do Código de Processo Penal, é de ordem cautelar, enquanto a determinação do Tribunal de origem diz respeito ao próprio cumprimento da pena, dispensada a cautelaridade da medida.***
>
> ***5. Segundo o posicionamento do STF, "não configura reforma prejudicial a determinação de início do cumprimento da pena, mesmo se existente comando sentencial anterior que assegure ao acusado, genericamente, o direito de recorrer em liberdade" (HC 152.752, Relator Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno).***
>
> *6. Habeas corpus não conhecido* (HC 483.435/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 01/04/2019).
>
> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE*

ENTORPECENTES. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu 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 (STF, HC n. 126.292, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe 17/5/2016). Tese confirmada pelo Pleno da Corte Suprema, em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADCs n. 43 e 44), na sessão do dia 5/10/2016. Interpretação conforme a Constituição, dada pelo STF, ao art. 283 do CPP. Ressalva, no ponto, do entendimento do Relator.

3. Na espécie, é possível dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, sem que isso importe em violação do princípio constitucional da presunção de inocência, porquanto encerrada a jurisdição das instâncias ordinárias, bem como a análise dos fatos e provas que assentaram a culpa do condenado. Precedentes do STJ.

4. Ordem não conhecida (HC 484.960/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA,DJe 09/04/2019).

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA. ART. 1.º DA LEI N.º 8.176/91. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. ESGOTAMENTO DA JURISDIÇÃO ORDINÁRIA. REFORMATIO IN PEJUS, AFRONTA À COISA JULGADA E AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. NÃO CONFIGURADAS. PRECEDENTES. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO E INVIABILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONDIÇÕES JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

1. É possível a execução provisória da pena após a confirmação da sentença condenatória pelo Tribunal de origem, quando esgotada a jurisdição ordinária.

2. A execução provisória da pena privativa de liberdade, ainda que determinada em recurso exclusivo da defesa, não implica ofensa à coisa julgada, à presunção de inocência ou reformatio in pejus.

3. A despeito de ter sido imposta reprimenda privativa de liberdade inferior a 4 (quatro) anos de detenção, a exasperação da

> *pena-base em razão da existência de circunstâncias desfavoráveis - maus antecedentes e circunstâncias do crime -, bem como a verificação da reincidência do Paciente, são fundamentos idôneos para justificar a fixação do regime inicial semiaberto, bem como a negativa no tocante à substituição por restritivas de direitos.*
>
> *4. Ordem de habeas corpus denegada* (HC 468.126/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, DJe 23/11/2018)

Acrescente-se ainda, que, em 5/10/16, o Plenário da Suprema Corte, no julgamento do pedido de liminar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e n. 44, reafirmou o entendimento de ser possível a execução da pena após a condenação em segunda instância.

No caso em debate, a apelação defensiva foi julgada em 5/9/2018, oportunidade em que foi determinada a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente, após o esgotamento do prazo para apresentação de eventuais embargos (fl. 533).

Nas informações prestadas, à fl. 587, o Tribunal estadual comunicou que foram opostos embargos de declaração, rejeitados pela Turma julgadora em 10/10/2018 e, o impetrante interpôs Recurso Especial e Extraordinário, que se encontravam na fase do juízo de prelibação. Dessa forma, ausente qualquer recurso a que se tenha atribuído efeito suspensivo, a restrição da liberdade do ora paciente decorre, agora, do esgotamento dos recursos nas instâncias ordinárias, nada mais havendo a ser reparado nesta via mandamental.

Noutro vértice, quanto ao regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade do paciente, entendo que o acórdão do Tribunal de origem está devidamente fundamentado.

É firme neste Tribunal Superior de Justiça a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal – CP. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê:

> *Súmula 440/STJ - Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.*

No mesmo sentido, são os enunciados ns. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam:

> *A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.*
>
> *A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*

No caso dos autos, não evidencio ilegalidade na manutenção do regime fechado pela Corte estadual, que se baseou na gravidade concreta do delito, pois, embora o *quantum* de pena aplicado (5 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão), permitam em tese, a fixação do regime semiaberto, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, tendo em vista a elevada culpabilidade e reprovabilidade da conduta do paciente – advogado que aderiu a perigosa organização criminosa armada, o PCC, oferecendo suporte a esta na consecução dos seus fins ilícitos, em detrimento da sociedade, vilipendiando função essencial à justiça, que por sua formação acadêmica tinha do dever de zelar pela defesa das instituições públicas e dos direitos fundamentais dos cidadãos –, o que justifica a imposição do regime prisional mais gravoso, no caso o fechado, de acordo com o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do CP. Inaplicáveis, portanto, os enunciados n. 440/STJ e n. 718/STF.

Nesse sentido:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.*
>
> *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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Concluído pela instância antecedente, com fulcro na quantidade e na variedade das drogas apreendidas - 327 eppendorfs de cocaína (318,68 g), 503 invólucros plásticos de maconha, (675,22 g), e 1 tijolo de maconha (219,66 g) -, assim como nos demais elementos constantes dos autos (confissão da traficância e relatos de que sua residência era conhecida como ponto de tráfico de entorpecentes), que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a alteração desse entendimento - para fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.

4. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.

5. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena de 6 anos de reclusão, em razão da aferição negativa das circunstâncias judiciais, que justificaram o aumento da pena-base, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

6. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

7. Habeas corpus não conhecido (HC 493.935/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 09/04/2019).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO. QUANTIDADE DE DROGA QUE EVIDENCIA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTO CONCRETO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Negada a aplicação do benefício em virtude das circunstâncias do caso, em especial, a quantidade de entorpecentes - 630 gramas de maconha - que evidenciaria o não preenchimento dos requisitos legais, concluindo o Tribunal a quo tratar-se de réu que se dedicava à atividade criminosa, sendo que a pretendida revisão do julgado implicaria o reexame do material cognitivo produzido nos autos, insuscetível de ser realizada na estreita via do habeas corpus. Precedente.

2. Utilizada fundamentação baseada no caso concreto

para fixação do regime fechado, consubstanciada na presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis que demonstram especial gravidade da conduta, justifica-se a imposição de regime mais gravoso, nos estritos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, c/c 59 do Código Penal.

3. Agravo regimental improvido (AgInt no HC 483.509/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 18/03/2019).

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

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 10 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator