HABEAS CORPUS Nº 490.278 - SP (2019/0020039-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	JOSE EDUARDO BARREIROS
ADVOGADO	:	JOSE EDUARDO BARREIROS - SP0312634
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	BRUNO LENON DE SOUZA NONATO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial e com pedido de liminar impetrado em favor de BRUNO LENON DE SOUZA NONATO, contra ato do **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0000169-22.2018.8.26.0530.

O paciente foi condenado pela prática do delito descrito no art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006, tendo-lhe sido aplicada a pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa (fls. 23-28).

Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal pleiteando o abrandamento do regime inicial. O Tribunal de origem negou provimento ao apelo por considerar que a reprovabilidade da conduta do condenado não autorizava a fixação do regime aberto.

Neste ***writ***, aduz o impetrante que a necessidade de regime mais severo do que aquele previsto na art. 33, § 2º, do Código Penal não foi adequadamente demonstrada pelo Juízo de primeiro grau nem pelo Tribunal **a quo.**

Requer, assim, a concessão da ordem para que se determine o regime aberto como o inicial para o cumprimento da pena imposta, substituindo-se ainda a pena corporal por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi **concedido**, às fls. 39-41, para determinar que o Juízo da execução penal competente, na forma da lei, substitua a pena corporal imposta ao paciente por sanções restritivas de direitos, válidas até a conclusão do julgamento do presente **writ**.

Informações prestadas às fls. 55-56.

O Ministério Público Federal, às fls. 47-52, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, mas pela concessão da ordem, de ofício, em parecer assim ementado:

> *"HABEAS CORPUS. IMPETRADO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO INFERIOR A QUATRO ANOS. PACIENTE PRIMÁRIO. FIXAÇÃO DE REGIME FECHADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. PRECEDENTES. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT, MAS PELA CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO"* (fl. 47).

É o relatório.

Decido.

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.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Inicialmente, cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a *"dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas*

do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade" (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

Sobre o tema, destaca-se o seguinte trecho do voto condutor do v. acórdão impugnado que manteve o regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena corporal, **in verbis:**

O regime inicial fechado deve ser mantido, pois no caso sub judice a gravidade concreta da conduta já minuciosamente analisada desautoriza o estabelecimento de regime prisional mais brando (cf. artigo 59, III; c.c. artigo 33, § 3º, do Código Penal).

Cumpridos, nessa quadra, os comandos de fundamentação das Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF, independentemente da quantificação da pena-base.

De outra parte, não obstante a decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS (Rel. Min. Ayres Britto, j. em 01.09.2010), reconhecendo, incidentalmente, a inconstitucionalidade parcial das vedações contidas nos artigos 33, § 4º, e 44, ambos da Lei nº 11.343/06, sedimentada pela Resolução nº 5/2012, do Senado Federal (que suspendeu a eficácia da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", inserta no § 4º do art. 33 do referido diploma legal), o apelante, pelas razões acima apontadas, também não faz jus à almejada substituição, nos termos do artigo 44, III, do Código Penal" (fls. 33-34).

Inicialmente, sabe-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

Ademais, segundo jurisprudência pacífica do excelso Supremo Tribunal Federal, *"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"* (Súmula n. 718/STF) e *"a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea"* (Súmula n. 719/STF).

Importante consignar, ainda, que, *"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"* (Súmula n. 440/STJ).

Na hipótese, verifica-se que o regime inicial **fechado** foi determinado tão somente com **base na gravidade abstrata** do delito, não tendo sido apresentado fundamento concreto para imposição de regime mais gravoso do que o cabível em razão do **quantum** de pena aplicado.

In casu, verifica-se que o paciente, além de ser primário, teve a pena fixada no mínimo legal e fez jus à incidência da minorante inserta no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, **em seu grau máximo**, mostrando-se plausível, assim, a fixação do regime **aberto**, nos termos do **art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.**

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte Superior:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. QUANTIDADE, NATUREZA E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06 E ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PATAMAR DA REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

1. 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.

2. Os fundamentos utilizados pela Corte estadual para não aplicar ao caso concreto a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, evidenciada, sobretudo, pelas circunstâncias do delito e pela quantidade e variedade de drogas apreendidas - 48 cápsulas tipo eppendorf de cocaína (33,2g), 69 porções de maconha (76g) e 60 cápsulas tipo eppendorf de crack (15,1g) -, está em consonância com o entendimento desta Corte. Ademais, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica às atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em habeas corpus.

3. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo, de acordo com o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. In casu, a pena imposta foi superior a 4 e inferior a 8 anos e a causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 foi afastada em razão da quantidade, natureza e variedade das drogas apreendidas.

Dessa forma, não evidencio ilegalidade na fixação do regime fechado, pois, embora a primariedade do paciente e o quantum de pena (art. 33, § 2º, "b", do CP) permitem, em tese, a fixação do regime semiaberto, a quantidade, natureza e variedade das drogas apreendidas (art. 42 da Lei n. 11.343/06) justificam a imposição de regime mais gravoso, no caso o fechado, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal.

3. A fixação da pena privativa de liberdade em patamar superior a 4 anos impede a sua substituição por restritivas de direitos (art. 44, I, do CP). Habeas corpus não conhecido" (HC n. 328.246/SP, **Quinta Turma,** Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe de 12/6/2017, grifei).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. TEMA NÃO DEBATIDO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE APTA A AUTORIZAR A ATUAÇÃO EXCEPCIONAL DESTA CORTE. MODO MAIS GRAVOSO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA E NA HEDIONDEZ DO DELITO. SÚMULA 440/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. APELO EM LIBERDADE. POSSIBILIDADE. REGIME ABERTO. MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. FALTA DE RAZOABILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

1. Na via estreita do habeas corpus, não é possível a análise por esta Corte das teses não debatidas na instância ordinária, sob pena de incorrer em supressão de instância. Entretanto, sendo manifesto o constrangimento ilegal suportado pelo indivíduo, o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo a concessão da ordem, de ofício.

2. Hipótese em que é flagrantemente ilegal a imposição do regime mais gravoso (fechado) com fundamento na hediondez e na gravidade abstrata do delito, conforme entendimento firmado nas Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

3. Fixada a pena em 1 ano e 8 meses de reclusão, verificada a primariedade da paciente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal. Precedentes.

4. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. É desarrazoada a manutenção da prisão cautelar, quando a paciente foi condenada ao cumprimento da pena em regime inicial aberto, e sobretudo diante da impossibilidade de agravamento da pena, uma vez que houve apenas apelo da defesa. Precedente.

6. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser estabelecida pelo Tribunal de origem, assim como para deferir à paciente o benefício de aguardar em liberdade o julgamento da apelação, salvo se por outro motivo estiver presa. (HC 389.972/SP, **Quinta Turma,** Rel. Min. **Ribeito Dantas**, DJe de 4/5/2017, grifei).

Finalmente, cumpre registrar que o **Pretório Excelso**, nos termos da r. decisão proferida por ocasião do julgamento do **HC** n. **97.256/RS**, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal por meio da Resolução n. 5 de 16/2/2012), permitiu a concessão da benesse aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal, **como ocorre no presente caso.**

Ante o exposto, não conheço do **writ**.

Contudo**, concedo a ordem, de ofício** para, confirmando a liminar anteriormente deferida (fls. 39-41), fixar o **regime aberto** para o início de cumprimento da pena e determinar a sua **substituição por restritiva de direitos**, nos moldes a serem definidos pelo MM. Juízo da Execução Penal, mantidos os demais termos da condenação.

P. e I.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer
Relator