HABEAS CORPUS Nº 497.719 - SP (2019/0068253-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE	:	JORGE LUIZ BONADIO DE OLIVEIRA
ADVOGADO	:	JORGE LUIZ BONADIO DE OLIVEIRA - SP258744
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	NAIARA CRISTINA SILVA REIS (PRESO)

DECISÃO

NAIARA CRISTINA SILVA REIS alega sofrer coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, que indeferiu liminarmente o HC n. 2039857-58.2019.8.26.0000.

Busca-se, por meio deste *writ*, seja fixado à paciente o regime inicial aberto, nos autos do processo em que foi condenada à reprimenda de **1 ano e 8 meses de reclusão**, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Antes da apreciação da medida de urgência, foram solicitadas informações ao Juízo de primeiro grau, as quais foram prestadas às fls. 224-226.

A liminar foi por mim deferida, nos termos da decisão de fls. 229-231.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem.

Decido.

O Tribunal de origem, ao indeferir liminarmente o habeas corpus lá impetrado, assim fundamentou (fls. 16-18):

> Na realidade, o impetrante pretende, **por meio do presente, revisar a sentença proferida, o que não é possível.**
> Ocorre que a paciente está em prisão domiciliar (fls. 188), não se vislumbrando constrangimento ilegal relativa ao direito de recorrer em liberdade. **A fixação do regime e eventual substituição requerem o exame dos requisitos**

> **necessários, razão pela qual o pedido não merece conhecimento.**
> É certo que "o habeas corpus não é meio idôneo para corrigir possível injustiça da sentença condenatória" (Rev. Forense, vol. 119, p. 242; rel. Nelson Hungria) e também não pode substituir o recurso próprio para impugnar decisão prolatada pelo Juízo da condenação, pois "[o] habeas corpus não pode ser usado como substituto do recurso ordinário. Caso contrário, ele seria transformado em um super-recurso, sem prazo certo para sua interposição, tirando a segurança das decisões judiciais passadas em julgado, já que poderiam ser, a qualquer tempo, modificadas pelo remédio heróico" (RJDTACrimSP, vol. 12, p. 167; rel. Des. Hélio de Freitas).
> **A r. sentença, concorde-se com ela ou não, está fundamentada, e os motivos nela invocados têm farta jurisprudência em seu favor; de tal sorte, jamais poderiam ser chamados de "ilegais" para a concessão da medida pleiteada.**
> Com todo o respeito (mas, não escondo, grande perplexidade), devo dizer que, a continuar a atual tendência, não é difícil antever o momento em que o habeas corpus admitirá instrução (com oitiva de testemunhas, é claro…) e em que o réu absolvido, que respondeu preso ao processo (embora presentes todos os fundamentos legais), terá direito a indenização pois se basta discordar de uma decisão para taxá-la de "ilegal", é evidente que a reforma terá, por si só, tal efeito…
> Não, porém, sem resistência. Continuamos a apegar-nos, teimosamente, ao respeito à Constituição e à lei. Daí por que, não havendo cogitar, aqui, de "violência ou coação na liberdade de locomoção [do paciente], por ilegalidade ou abuso de poder" por parte da digna autoridade coatora como, repito, expressamente exige a Constituição Federal, o pedido é juridicamente impossível e não merece ocupar tempo de um Cartório já assoberbado de serviço, que luta, de todas as formas, para nos ajudar a vencer uma legislação adjetiva que, pelo número de recursos possíveis e admitidos, visa a retardar a aplicação da lei substantiva.

No entanto, em que pesem os argumentos da Corte de origem, o eventual reconhecimento da ausência de fundamentação concreta para a imposição do regime inicial mais gravoso **poderá**, sim, ocasionar

reflexos imediatos na própria liberdade de locomoção da paciente, de maneira que se mostra passível a análise, em habeas corpus, da alegação de que seria possível a fixação do regime aberto, notadamente porque se trata de matéria exclusivamente de direito e que não demanda o exame aprofundado de provas, tampouco dilação fático-probatória.

Não se está, pelo que indicam os autos, a discutir o acerto ou o desacerto da condenação, mas os critérios objetivos que justificam ou não a imposição do regime mais gravoso.

No caso, verifico que **o Juiz sentenciante entendeu devida a fixação do regime inicial fechado com base, tão somente, "na natureza hedionda do delito de tráfico de entorpecente" (fl. 195), argumento que, desde a declaração de inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 – ocorrida pelo Supremo Tribunal Federal, em 17/12/2013 (HC n. 111.840/ES) – não subsiste mais para a escolha do regime inicial de cumprimento de pena**.

Ainda, a paciente foi presa em flagrante em 28/9/2018, portanto há mais de 6 meses e, ao que tudo indica, permanece custodiada desde então. Ademais, registro que já houve o trânsito em julgado da condenação para **ambas as partes**, de maneira que não há mais a possibilidade de haver o aumento da reprimenda imposta à acusada. Por fim, faço menção ao fato de que já houve a expedição de mandado de prisão para o início do cumprimento da pena (fl. 224).

Assim, embora a pretendida imposição de regime inicial mais brando não haja sido analisada pelo Tribunal de origem – o que, a rigor, evidenciaria a inadmissível supressão de instância –, **entendo que, de maneira excepcional e somente para este caso concreto, em razão de todas as peculiaridades apontadas anteriormente**, é o caso de fixar-se, desde já, o regime inicial **aberto** de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal, com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Isso porque, além de tecnicamente primária ao tempo do delito e possuidora de bons antecedentes, a paciente foi condenada à reprimenda de 1 ano e 8 meses de reclusão e teve a pena-base estabelecida no mínimo legal.

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **concedo a ordem** para, confirmada a liminar anteriormente deferida, fixar à paciente o **regime inicial aberto** de cumprimento de pena, nos autos da condenação objeto do Processo n. 1500114-13.2018.8.26.0557.

Comunique-se, com urgência, o inteiro teor desta decisão às instâncias ordinárias, para as providências cabíveis.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 09 de abril de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**