HABEAS CORPUS Nº 497.777 - SP (2019/0068648-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	RODRIGO RIBEIRO SILVA
ADVOGADO	:	RODRIGO RIBEIRO SILVA - SP314090
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	CRISTIANO NASCIMENTO DE LIMA SANTOS

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de CRISTIANO NASCIMENTO DE LIMA SANTOS, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0001364-67.2018.8.26.0651.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 166 (cento e dezesseis) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (fls. 30-41).

Inconformado, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo consoante voto condutor do v. acórdão de fls. 46-54.

Dai o presente **writ**, onde o impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na fixação do regime mais gravoso, bem com na determinação da execução provisória da pena ante do esgotamento das vias recursais.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja fixado o regime inicial aberto e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi **concedido**, às fls. 66-69, para fixar o regime **aberto** ao paciente, até o julgamento final deste **writ**.

Informações prestadas às fls. 74-75.

O Ministério Público Federal, às fls. 98-102, manifestou-se pela

concessão da ordem, em parecer assim ementado:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ESGOTAMENTO DAS VIAS ORDINÁRIAS. NECESSIDADE. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. RÉU CONDENADO A 1 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO. REGIME ABERTO. CABIMENTO. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS.*
>
> *1. A apresentação de habeas corpus como substitutivo de recurso próprio, embora descabida, é indiretamente autorizada pelas Cortes Superiores, quando se impõe a verificação, na quase totalidade dos casos, sobre a possibilidade de concessão da ordem de ofício.*
>
> *2. Nos termos da jurisprudência dessa Corte Superior, a execução provisória da pena pressupõe o esgotamento das vias ordinárias, caracterizando constrangimento ilegal passível de correção na via do habeas corpus a expedição de mandados de prisão na pendência do julgamento dos primeiros embargos de declaração opostos na origem.*
>
> *3. As instâncias ordinárias, ao fixarem o regime inicial fechado, não se ativeram às particularidades do caso concreto, consignando, apenas, a gravidade abstrata do crime de tráfico de drogas, o que, contudo, não constitui motivação idônea para justificar a imposição de regime prisional mais severo.*
>
> *4. Preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.*
>
> *5. Parecer pela concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus, nos termos da fundamentação"* (fl. 98).

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).

Inicialmente, insta consignar que segundo informações prestadas pelo eg. Tribunal de origem (fl. 75), **foram opostos Embargos de Declaração pela Defesa**, que encontram-se pendentes de apreciação, o que demonstra que **não houve esgotamento das instâncias ordinárias**, não se aplicando, por ora, o precedente fixado pelo col. Pretório Excelso no julgamento do **HC n. 126.292/SP**, referente à possibilidade de **execução provisória da pena.**

Ilustrativamente, cito o seguinte precedente desta col. **Quinta Turma**:

> *"HABEAS CORPUS. EXTORSÃO MAJORADA. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE EXAURIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.*
>
> *1. Esta Corte Superior, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a admitir a possibilidade de cumprimento provisório da pena após o*

exaurimento das instâncias ordinárias, por ser o recurso extraordinário desprovido de efeito suspensivo.

2. No caso em debate, todavia, a determinação do cumprimento antecipado da pena do paciente decorre de acórdão proferido no julgamento da apelação, ao qual ***foram opostos embargos de declaração, ainda pendentes de julgamento. Uma vez ainda não esgotada a jurisdição do Tribunal de origem, tal fato obsta a expedição de mandado de prisão para execução provisória da pena.*** *Precedentes.*

Ordem concedida, em parte, para, confirmando a liminar, determinar que o paciente aguarde, em liberdade, o esgotamento das vias recursais ordinárias, se por outro motivo não estiver preso" (HC n. 390582/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe de 3/5/2017).

Quanto aos demais temas, 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:**

"Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, mantém-se o fechado, já que a prática criminosa, perpetrada pelo apelante, além de atingir o bem jurídico tutelado pelo legislador, contribui para a prática de inúmeros outros ilícitos penais, tão ou mais graves que o agora imputado, como é notório. Aliás, o tráfico permite que marginais dados à prática de crimes contra o patrimônio, pelo uso de drogas ilícitas, adquiram "coragem" para as empreitadas criminosas. Também o espúrio comércio faz campear a corrupção de agentes públicos, para permitir a continuidade dessas práticas delituosas. Não há como olvidar, ainda, das consequências dessa danosa conduta, a formar multidões de dependentes de drogas ilícitas, que causam a desagregação familiar. Igualmente como consequência do tráfico, tem-se a queda da produtividade do cidadão e a dependência do sistema público de saúde, já tão deficiente. E ninguém deve almejar um planeta de viciados. Frise- se que a sanção abaixo do mínimo legal não garante ao apelante o direito a regime menos gravoso, principalmente se considerarmos que a imposição de regime mais brando acabaria gerando um incentivo à prática do comércio ilegal, causando à sociedade a sensação de impunidade daqueles que do tráfico fazem meio de vida. Por todos esses motivos, inviável a alteração de regime.

[...]

Também pelos mesmos motivos, não há se cogitar em substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, por tratar-se de grave crime de tráfico, ante a tamanha perniciosidade da prática criminosa

que, como uma grave doença, corrói a sociedade e, atualmente, somente se equipara à corrupção, que, igualmente, sérias sequelas traz ao país" (fl. 50).

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 suspender os efeitos da execução provisória determinada em face do paciente, confirmar a liminar anteriormente deferida (fls. 66-69) e 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