HABEAS CORPUS Nº 491.016 - SP (2019/0026555-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	JOSÉ CARLOS PACÍFICO
ADVOGADO	:	JOSÉ CARLOS PACÍFICO - SP098755
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ANDRE RODRIGUES CABRAL (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ANDRE RODRIGUES CABRAL, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal n. 0043903.25.2009.8.26.0405

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, como incursos nas sanções dos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/06.

No julgamento da apelação, o Tribunal de origem deu provimento parcial ao recurso interposto pela defesa, a fim de afastar a condenação pelo crime previsto no artigo 35, *caput*, da Lei n. 11.343/06, redimensionando a reprimenda para 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mantendo-se, no mais, a sentença condenatória.

Irresignada, a defesa propôs revisão criminal perante a Corte *a quo*, que, por maioria de votos, indeferiu o pedido revisional.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que não houve fundamentação idônea na fixação do regime prisional fechado.

Afirma que o *quantum* de pena aplicado permite que seja deferida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos moldes do que prevê a legislação penal vigente.

Requer, assim, a concessão da ordem constitucional para que seja fixado o regime prisional menos gravoso ao paciente, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi deferida às fls. 52-54.

As informações foram prestadas às fls. 116-137.

O MPF, às fls. 139-141, manifestou-se pela concessão da ordem.

É o relatório.

Cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

No que tange ao regime inicial, verifica-se que o Colegiado manteve o fechado, sob a seguinte fundamentação (e-STJ fl. 37).

> *"Quanto ao regime prisional fixado (inicial fechado), para o desconto da privativa de liberdade, não há de ser alterado, por duas razões principais: a uma, porque foi determinado de forma precisa e correta, nos termos do artigo 33, §3°, do Código Penal e, a duas, porque o delito pelo qual foi o apelante condenada tráfico de drogas, equiparado a hediondo, não se sujeita a regime mais brando, pois, como público e notório, provoca o recrudescimento da violência c da intranqüilidade social, além da desagregação da instituição familiar."*

A par disso, levando-se em conta o *quantum* final de pena aplicado, além da presença de circunstância judicial desfavorável, na primeira fase da dosimetria (e-STJ fl. 14), entende-se proporcional a escolha do regime inicial semiaberto, haja vista que a mantença do modo fechado implicaria duplo agravamento na situação prisional do paciente, conforme disposto no art. 33 do Código Penal.

Nesse sentido:

> *"[...]*
> *REGIME INICIAL MAIS SEVERO DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. POSSIBILIDADE. DESPROPORCIONALIDADE AO QUANTUM FINAL DA PENA. ALTERAÇÃO PARA O MODO SEMIABERTO. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA.*
> *1. **Na hipótese, o Tribunal de origem fundamentou o regime inicial fechado na existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao acusado. Contudo, a reprimenda final foi estabelecida em menos de 4 (quatro) anos de reclusão, a evidenciar a desproporcionalidade desse sistema prisional duplamente mais severo que o previsto no art. 33 do Código Penal.***
> *2. É possível, em razão da apontada reprovabilidade do delito, estabelecer o semiaberto como inicial à execução da pena, o qual se mostra devido e suficiente à prevenção e à repressão do crime versado.*
> *SUBSITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MEDIDA SOCIALMENTE NÃO RECOMENDÁVEL.*
> *1. De acordo com as instâncias ordinárias, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é medida socialmente não recomendável, já que insuficiente para a repressão e prevenção do delito, estando ausente o requisito previsto no art. 44, inciso III, do Código Penal.*
> *2. Habeas corpus concedido de ofício, para reduzir a pena para 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto. (HC 409.615/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017)"*

Por outro lado, não há falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista o não preenchimento do requisito objetivo previsto no artigo 44 do Código Penal.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 34, inciso XX, do RISTJ, **não**

se conhece da impetração, mas **concede-se *habeas corpus*, de ofício**, para fixar o regime prisional semiaberto para o início do cumprimento da pena pelo paciente.

Publique-se.

Brasília (DF), 12 de abril de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator