HABEAS CORPUS Nº 491.232 - RJ (2019/0028150-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	LEONARDO ROSA MELO DA CUNHA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	:	ELIZANGELA MELLO DOS SANTOS (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial e com pedido de liminar impetrado em favor de ELIZANGELA MELLO DOS SANTOS, contra acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, nos autos da apelação criminal n. 0000486-37.2014.8.19.0083.

A paciente foi condenada às penas de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão em regime aberto e de 194 dias-multa, como incursa no art. 33, **caput**, c/c o art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 8-18).

Interposta apelação tanto pela defesa quanto pelo Ministério Público, a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de origem negou provimento ao recurso defensivo e deu provimento ao apelo ministerial para condenar a paciente às penas de 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão em regime fechado e de 485 dias-multa, com expedição de mandado de prisão (fls. 19-27).

Alega a impetrante que, rejeitados os embargos de declaração e preclusas as vias impugnativas, o paciente, que havia obtido o direito de apelar em liberdade, foi preso em 8/5/2018.

Com amparo nas Súmulas 440 do STJ e 719 do STF, aduz que *"a decisão proferida pela Autoridade ora coatora padece de **insanável ilegalidade** e contraria frontalmente a jurisprudência pacificada"* (fl. 6, grifos do original).

Sustentando patente constrangimento ilegal, requer, assim, a concessão da ordem para que seja fixado o regime inicial **semiaberto** para cumprimento da pena.

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 32-34.

Informações prestadas às fls. 42-43.

O Ministério Público Federal, às fls. 48-53, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, no mérito, pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. ENTEN- DIMENTO FIRMADO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES. DESCABI- MENTO. RESTRIÇÃO AO USO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL. NECESSIDA- DE DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. APREENSÃO DE DROGA DESTINADA A TRÁFICO DENTRO DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. GRAVIDADE CONCRETA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DIVERSO DO PREVISTO PARA O MONTANTE DA PENA APLICADA. PRECEDENTE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT, NO MÉRITO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM"* (fl. 48).

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).

Transcrevo, inicialmente, a fim de delimitar a **quaestio**, o seguinte excerto do v. acórdão impugnado quanto a fixação do regime fechado para início de cumprimento da pena, **in verbis**:

"Logo, em consonância com o disposto no artigo 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, ***o regime de cumprimento das reprimendas para ambos os apelantes será o fechado, único adequado para a prevenção e repressão do delito em questão, sobretudo considerando a audácia dos recorrentes e o desprezo pela ordem pública, evidenciados pela tentativa de realizar a mercancia ilícita de drogas no interior de estabelecimento destinado à recuperação de detentos, devendo ser frisado****, ademais, no que concerne ao recorrente Alan, as condições judiciais desfavoráveis já mencionadas quando do afastamento da causa especial de diminuição das penas"* (fl. 27).

O Plenário do col. **Supremo Tribunal Federal** declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo.

Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal. Esse também é entendimento perfilhado por esta Corte, **in verbis:**

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS, PORTE ILEGAL DE ARMA E RECEPTAÇÃO. PENAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. MINORANTE PREVISTA*

NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. DESCABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SANÇÃO MAIOR QUE QUATRO ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. RÉU PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. ADEQUAÇÃO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...] 7. ***O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.***

8. Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, em se tratando de réu primário e com bons antecedentes, não existe razão para negar o regime inicial semiaberto.

9. Ordem de habeas corpus não conhecida. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente" (HC n. 239.999/MS, **Quinta Turma**, Relª. Minª. **Laurita Vaz**, DJe de 21/8/2014, grifei).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. QUANTIDADE DE DROGAS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]

3. ***Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso****, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.*

4. ***In casu, a imposição do regime inicial fechado***

> ***baseou-se, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.*** *Ademais, sequer foi analisada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quanto aos pacientes DEIVID e SIDNEY.*
>
> *5. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que o Tribunal a quo não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal. 6. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastadas a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas e a fundamentação referente à gravidade abstrata do delito, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, quanto aos três pacientes, e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, quanto aos pacientes DEIVID e SIDNEY"* (HC n. 271.147/SP, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 26/9/2014, grifei).

O regime adequado à hipótese é realmente o inicial **fechado**, uma vez que, não obstante o montante final da pena autorizar o regime semiaberto, houve fundamentação idônea a lastrear a aplicação do regime mais gravoso, em razão da *"[...]* ***a audácia dos recorrentes e o desprezo pela ordem pública, evidenciados pela tentativa de realizar a mercancia ilícita de drogas no interior de estabelecimento destinado à recuperação de detentos*** *[...]"*, **inexistindo** flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício.

Sobre o tema colaciono os seguintes arestos:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.* ***TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME PRISIONAL FECHADO.*** *[...]* ***PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO***

IDÔNEA. *CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

[...]

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 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.

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719/STF.

- No caso, apesar de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e o montante da sanção (5 anos de reclusão) comportar o regime semiaberto, o acórdão recorrido consignou a necessidade do regime mais gravoso com lastro na quantidade, variedade e nocividade das drogas apreendidas, as quais, inclusive, fundamentaram o não reconhecimento do privilégio, o que está em consonância à jurisprudência desta Corte e ao disposto no art. 42 da Lei n. **11.343/2006. Precedentes.**

- Habeas corpus não conhecido" (HC n. 385.934/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 5/4/2017 - grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ***TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE MAJORADA EM RAZÃO DA NATUREZA DA DROGA. REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO SUPERIOR A 4 ANOS. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE.*** *DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.*

[...]

2. Fixada pena final superior a quatro anos e presente circunstância judicial desfavorável, é lícita a fixação do regime inicial fechado, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006 c/c os arts. 59 e 33, § 3º, ambos do Código Penal. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC n. 380.021/SC, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 22/3/2017 - grifei).

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

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

P. e I.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer
Relator