HABEAS CORPUS Nº 494.726 - SP (2019/0051675-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	ODAIR DIAS DE OLIVEIRA
ADVOGADO	:	ODAIR DIAS DE OLIVEIRA - SP299967
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	PAULO HENRIQUE LIMA DA SILVA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício de PAULO HENRIQUE LIMA DA SILVA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação Criminal n. 0002952-74.2015.8.26.0050.

Extrai-se dos autos que o paciente foi absolvido pelo Juízo de primeiro grau da imputação da prática do delito de tráfico de drogas.

Em apelação do Ministério Público, o Tribunal de origem condenou o paciente pela prática do crime do artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas) ao cumprimento de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, em acórdão acostado às fls. 14/26.

No presente *mandamus*, assevera a defesa que, ante a imposição de pena inferior a 8 anos de reclusão, deve ser aplicado ao paciente regime menos gravoso, qual seja, o semiaberto.

Indica que a gravidade abstrata do delito não é suficiente para a imposição do regime fechado. Invoca o enunciado das Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Requer, assim, em liminar e no mérito, seja deferida a aplicação do regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena imposta ao paciente.

A liminar foi indeferida às fls. 31/32.

Informações prestadas às fls. 37/61.

O Ministério Público Federal opinou pela manutenção da decisão impugnada às fls. 67/71.

É relatório. Decido.

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

Conforme relatado, busca o impetrante a modificação do regime inicial de cumprimento de pena do paciente.

O Plenário do STF, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional, nesses casos, deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do CP.

Por outro lado, firmou-se neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP ou em outra situação que demonstre efetivamente um *plus* na gravidade do delito. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os enunciados n.718 e 719 da Súmula do STF.

Na hipótese dos autos, não há falar em flagrante ilegalidade na fixação do regime prisional fechado. Isso porque a pena foi estabelecida em patamar superior à 4 anos e o paciente é reincidente.

Nesse sentido:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECUSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. RÉU REINCIDENTE. REGIME FECHADO ADEQUADO. WRIT NÃO CONHECIDO.*
>
> *I - 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.*
>
> *II - Os requisitos para a imposição do regime semiaberto, constam no art. 33, § 2º, alínea b, e § 3º, do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período superior a 4*

(quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos, bem como a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

III - ***Sendo o paciente reincidente e fixada a pena em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da sanção, nos termos do art. 33, § 2°, alínea b, do Código Penal, ainda que a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, a manutenção do regime mais gravoso do que o cabível pelo quantum de pena imposta justifica-se na reincidência do paciente.***

Habeas Corpus não conhecido. (HC 434.946/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJE 10/04/2018)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO. AFERIÇÃO SOBRE A CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO. ANÁLISE DESCABIDA NA VIA ELEITA. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. PACIENTE REINCIDENTE. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONHECIMENTO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADO.

1. É inviável a apreciação dos pleitos absolutório ou de desclassificação para o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, por ser incabível, na via estreita do habeas corpus, a análise de questões que demandem o reexame do conjunto fático-probatório dos autos.

2. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos e 10 meses de reclusão, e tratando-se de réu reincidente, inviável a fixação do regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2.º, alínea b, do Código Penal.

3. Habeas corpus conhecido em parte e, nessa extensão, denegado. (HC 458.877/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, DJe 19/10/2018)

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*.

Publique-se.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator