HABEAS CORPUS Nº 486.935 - SP (2018/0346554-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	TALITA DE ALMEIDA SEGHETTO
ADVOGADO	:	TALITA DE ALMEIDA SEGHETTO - SP189694
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	IGOR COSTA FERREIRA LUZ (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio e com pedido de liminar impetrado em favor de **IGOR COSTA FERREIRA LUZ**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação n. 0003809-20.2016.8.26.0072.

O paciente foi condenado às penas de 1 anos e 8 meses de reclusão em regime inicial fechado e de 167 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que trazia consigo 16g de maconha. Em apelação, o Tribunal de origem manteve integralmente a sentença.

Neste *writ*, a impetrante alega que o paciente sofre constrangimento ilegal decorrente da fixação de regime fechado com base na gravidade abstrata do delito, violando o art. 33, § 2º, *c*, do Código Penal e a Súmula n. 440 do STJ, uma vez que a pena foi fixada abaixo de 4 anos.

Aduz que, de 18/7/2016 a 24/3/2017, o paciente ficou preso preventivamente, quando lhe foi deferido o direito de aguardar o julgamento da apelação em liberdade. Com a superveniência do acórdão e o trânsito em julgado da sentença, o paciente foi preso em 19/12/2018. Assim, a impetrante salienta que o paciente já ficou 8 meses preso e que deve ser aplicada a detração penal prevista no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

Pede o deferimento de medida liminar para que se aplique a detração penal e se reforme a decisão, de modo que seja concedida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. No mérito, requer a confirmação da liminar.

A liminar foi deferida pelo Ministro Presidente João Otávio de Noronha "defiro parcialmente o pedido de liminar para determinar ao Juízo de primeiro grau que, à luz do disposto no art. 387, § 2", do Código de Processo Penal, reavalie o regime inicial de cumprimento de pena."

As informações de fls. 85-86 noticiam que, em cumprimento da decisão proferida neste writ, foi efetuada a detração e colocado o paciente em regime aberto, tendo sido expedido alvará de soltura em 8/1/2019.

O MPF manifestou-se pela concessão da ordem, de ofício, para que seja estabelecido o regime aberto e seja substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

É o relatório.

Decido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

No caso, tem-se como manifesto o constrangimento ilegal imposto ao paciente, a autorizar a concessão da ordem, de ofício.

A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e os a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento as diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com a preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

No caso, estabelecida a pena final em patamar inferior a 4 anos de reclusão, verificada a primariedade do agente e a análise favorável das circunstâncias judiciais, o regime aberto é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva, de acordo com o disposto no art. 33, § 2º, alínea "c", do CP, sobretudo quando não significativa a quantia de entorpecente apreendido (11 porções de maconha - 16g).

No mesmo sentido:

> "PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PENA INFERIOR À 4 (QUATRO) ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. ENUNCIADOS 440 DO STJ E 718 E 719 DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
> 2. Conforme o entendimento reiterado desta Corte, a gravidade abstrata acerca do crime, não justifica à fixação de regime prisional mais gravoso, sobretudo quando o condenado é primário e detentor de bons antecedentes e a pena-base foi fixada no mínimo legal, como na hipótese. Viola o entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça e nas Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.
> 3. O quantum da condenação (3 anos e 6 meses), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea "c", do CP.
> 4. Havendo o paciente preenchido os requisitos do art. 44 do Código Penal, deve a pena corporal ser substituída por penas restritivas de direitos.
> 5. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo competente." (HC 327.852/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 09/12/2015)

Por fim, pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente, circunstâncias judiciais favoráveis e quantidade não significativa de droga apreendida), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser definida pelo Juízo de primeiro grau (AgRg no REsp 1.622.395/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 05/12/2016).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem, **de ofício**, para fixar o regime aberto como o inicial para o cumprimento da pena reclusiva, assim como para substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser estabelecida pelo Juízo da execução.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator