**HABEAS CORPUS Nº 505.254 - SP (2019/0111546-2)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATOR** | **:** | **MINISTRO JORGE MUSSI** |
| IMPETRANTE | : | ADRIANO MACHADO |
| ADVOGADO | : | ADRIANO MACHADO - SC030675 |
| IMPETRADO | : | TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE | : | ETSON DE FREITAS RODRIGUES |

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de ETSON DE FREITAS RODRIGUES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0013112-62.2003.8.26.0606.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, como incurso nas sanções do artigo 155, § 5º, do Código Penal.

No julgamento da apelação, o Tribunal de origem deu provimento parcial ao recurso do réu a fim de redimensionar a reprimenda para 3 (três) anos de reclusão, mantendo-se, no mais, a sentença condenatória.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que não houve fundamentação idônea na escolha do regime prisional mais gravoso, tendo sido considerada apenas a gravidade em abstrato do delito.

Aduz que possui direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requer, ao final, a fixação do regime prisional aberto, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida às fls. 943-944.

As informações foram prestadas às fls. 1071-1085.

O MPF, às fls. 1087-1088, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

Cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, não sendo cabível a impetração de *habeas corpus* em substituição aos recursos e ações cabíveis, 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 concerne ao regime inicial para o cumprimento da pena, constata-se que a Corte impetrada manteve o semiaberto, em aresto assim proferido (e-STJ fl. 24)*:*

> *"O regime inicial semiaberto deve ser mantido, pois, consoante os contornos do delito acima expostos, incompatibilizado e desautorizado o estabelecimento de regime prisional mais brando (artigo 59, III; c.c. artigo 33, § 3º, do Código Penal)."*

*In casu*, verifica-se que, de fato, não foram apresentados fundamentos jurídicos idôneos capazes de sustentar o agravamento do regime. Observa-se que o regime inicial semiaberto foi escolhido apenas com base na gravidade em abstrato do delito, adotando-se elementos próprios do crime, o que, nos termos do reiterado entendimento adotado por este Sodalício, é insuficiente à determinação do sistema prisional mais gravoso, sobretudo quando a pena-base não ultrapassa o mínimo legal (e-STJ fl. 24), como no caso dos autos.

A matéria, aliás, está sumulada no âmbito desta Corte, no enunciado n. 440, a saber:

> *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.*

O Supremo Tribunal Federal também possui orientação firmada acerca do tema, cristalizada nos verbetes ns. 718 e 719, respectivamente:

> 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.*
>
> *A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*

Nesse norte, os seguintes julgados:

> *"PROCESSO PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO QUALIFICADO. NULIDADE. NÃO REALIZAÇÃO DO INTERROGATÓRIO. INOCORRÊNCIA DE VÍCIO PROCESSUAL. SUPOSTAS IRREGULARIDADES ARGUIDAS A DESTEMPO. PRECLUSÃO. REGIME. SÚMULAS 440/STJ E 719/STF. CORREÇÃO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. LIMINAR CONFIRMADA.*
>
> *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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.*
>
> *2. Eventual vício decorrente da falta do réu ou do defensor constituído, na audiência de instrução e julgamento, configura nulidade relativa, cuja arguição deve ser feita em momento oportuno, o que não ocorreu na hipótese dos autos, pois o questionamento de tais nulidades foi feito apenas na apelação, quando deveria ter sido suscitado na abertura de prazo para o pedido de diligências e nas alegações finais.*
>
> *3. **Destaca-se 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 440/STJ). Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento no sentido de que "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea" (Súmula 719/STF).***

***4. No caso, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal foram consideradas favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal. O paciente é tecnicamente primário e sua pena definitiva é inferior a 4 (quatro) anos, motivo pelo qual é cabível o regime aberto.***

*5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, confirmando a liminar, estabelecer o regime aberto.*

*(HC 455.080/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 01/04/2019)"*

*"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. APLICAÇÃO. REGIME MENOS GRAVOSO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDA RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.*

*[…]*

*4. A quantidade de drogas apreendidas (5,4 g de cocaína e 88,5 g de maconha) não constitui elemento suficiente para impedir a aplicação da causa especial de redução de pena.*

*5. **Como o réu era primário ao tempo do fato, teve a pena-base fixada no mínimo legal, foi condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão e agraciado com a minorante constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 - a qual visa, justamente, a beneficiar o "traficante ocasional" - e a quantidade de substâncias encontrada (cerca de 5,4 g de cocaína e 88,5 g de maconha) não é elevada, o regime aberto é, de fato, o que se mostra o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito praticado, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.****

*6. Pelas mesmas razões, a substituição da pena é medida socialmente recomendada, máxime porque, conforme já salientado, a quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas não foi excessivamente elevada.*

*7. Ordem concedida para: a) assegurar ao acusado o direito de responder à ação penal em liberdade, ressalvada a possibilidade de nova decretação da custódia cautelar caso efetivamente demonstrada a superveniência de fatos novos que indiquem a sua necessidade, sem prejuízo de fixação de medida cautelar alternativa, nos termos do art. 319 do CPP; b) aplicar a minorante em sua fração máxima (2/3);*

*c) readequar a pena imposta ao réu, de modo a torná-la definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 166 dias-multa; d) determinar a sua substituição por duas medidas restritivas de direitos, as quais deverão ser estabelecidas pelo Juízo da Execução.*

*(HC 469.632/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 08/11/2018, DJe 26/11/2018)"*

Assim, fixada a reprimenda em patamar inferior a 4 (quatro) anos e considerando-se a favorabilidade das circunstâncias judiciais, nota-se presente a ilegalidade arguida, mostrando-se viável o estabelecimento do modo aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea *c*, e § 3º, do CP.

Finalmente, não há falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista que as circunstâncias do delito evidenciam que, *in casu*, a negativa da permuta encontra-se justificada, pois a conversão da sanção reclusiva realmente não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito noticiado.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do *writ*, **concedendo-se a ordem**, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, a fim de fixar o regime prisional **aberto** para início do cumprimento da pena.

Publique-se.

Brasília (DF), 17 de junho de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator