HABEAS CORPUS Nº 516.088 - SP (2019/0174238-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	MARCO AURELIO LEMES
ADVOGADO	:	MARCO AURÉLIO LEMES - SP172933
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	MARCOS GOMES SOBOLESKI

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **MARCOS GOMES SOBOLESKI,** no qual se aponta, como autoridade coatora, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado, pela prática do crime previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena 2 anos e 4 meses de reclusão em regime aberto e ao pagamento de 233 dias-multa, substituída por duas restritivas de direitos.

O Ministério Público apelou perante o Tribunal de origem, que deu parcial provimento a apelo para afastar o redutor legal, adequando a pena para 5 anos de reclusão, no regime inicial fechado, com o pagamento de 500 dias-multa (e-STJ, fls. 306-314).

No presente *writ*, aduz a defesa, em suma, que há constrangimento ilegal na hipótese, tendo em vista que o paciente faz *jus* à aplicação do privilégio previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, com a consequente substituição da pena.

Requer a concessão da ordem, liminarmente, para que sejam suspensos os efeitos do acórdão impugnado, "permitindo que o paciente aguarde em liberdade ou em regime aberto o julgamento deste remédio constitucional" (e-STJ, fl. 8). No mérito, pugna pela redução da pena, fixação do regime aberto e substituição da sanção privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Aduz, ainda, que deve ser fixado regime inicial de cumprimento de pena menos gravoso.

Requer, a concessão da ordem, liminarmente, para que se suspenda os efeitos do mando de prisão até final do julgamento dos recursos excepcionais ou até final do julgamento do presente *writ.*

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.

Além disso, a concessão de liminar em *habeas corpus* constitui medida excepcional, uma vez que somente pode ser deferida quando demonstrada, de modo claro e indiscutível, ilegalidade no ato judicial impugnado.

O Tribunal de origem fundamentou a dosimetria nos seguinte termos:

> "Assim, sem outras causas de modificação, reconduzo a pena ao patamar inicialmente fixado, tornando-as definitivas, em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor

> unitário mínimo legal.
> Também comporta acolhimento o pedido de fixação de regime inicial mais rigoroso.
> Em verdade, o regime inicial fechado para o crime de tráfico de drogas é de suma importância para a prevenção e a repressão do crime de tráfico de drogas em nosso País, o qual vem assumindo uma proporção sem precedentes, merecendo a conduta do réu maior repressão por parte do Estado.
> (...).
> Descabida, outrossim, a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.
> Com efeito, os artigos 33, § 4º, e 44, caput, ambos da Lei n. 11.346/06, impedem que os condenados pela prática dos crimes definidos nos artigos 33, caput, I e 34 a 37, todos da referida Lei de Entorpecentes, recebam tal benesse"(e-STJ, fls. 311-312).

A obrigatoriedade do cumprimento da pena em regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo STF, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

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

Com efeito, a teor da Súmula 440 do STJ, "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". No mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do STF estabelecem que o regime mais gravoso exige fundamento idôneo, não constituindo motivo idôneo a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito, *in verbis:*

> "Súmula 718 do STF: 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."
>
> "Súmula 719 do STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

No caso, segundo se observa, a imposição do regime inicial fechado tem como fundamento a gravidade abstrata do delito, o que não é admissível segundo reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça (HC 382.300/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/2/2017, DJe 14/3/2017).

Desse modo, tendo sido fixada a pena definitiva em 5 anos de reclusão, verificada a primariedade do réu e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o paciente deve iniciar o cumprimento da pena reclusiva em **regime semiaberto.**

Nesse sentido:

> "*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. REDUTORA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. ATIVIDADE CRIMINOSA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.
> REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE EM ABSTRATO. ILEGALIDADE CONFIGURADA. ABRANDAMENTO NECESSÁRIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
> ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> [...]
> II - In casu, o eg. Tribunal de origem, mantendo a r. sentença condenatória, entendeu estarem presentes provas suficientes da materialidade e da autoria delitiva do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06, o que afasta o pedido de improcedência da acusação, com base na tese de que a condenação teria sido baseada apenas nos depoimentos dos policiais.
> Rever este entendimento para cassar o v. acórdão impugnado e absolver o paciente demandaria, necessariamente, amplo revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do habeas corpus.
> III - Pela mesma razão, inviável a revisão da conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias, para reformar a r. sentença condenatória no que tange ao pleito da fixação da causa especial de redução de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, já que concluíram que o paciente se dedicava a atividades criminosas não somente dos depoimentos colhidos durante a instrução processual, mas também da análise das circunstâncias que cercaram a prática delitiva.
> IV - **O deferimento do regime semiaberto se dá desde que preenchidos os requisitos constantes do 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 não excedente a 8 (oito), bem como a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. No caso, constata-se que a pena-base foi fixada no mínimo legal, pois consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais, o paciente é primário e a pena definitiva não excede oito anos. Assim, não tendo sido apresentada qualquer razão concreta para o agravamento do regime, conclui-se que faz jus o paciente ao regime semiaberto para início de cumprimento de pena.**
> **Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para, confirmando a liminar deferida anteriormente, fixar o regime semiaberto para o início do resgate da reprimenda.**
> (HC 403.415/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2017, DJe 21/09/2017, grifou-se).

Diante do exposto, **concedo** a liminar, com o fim de permitir que o paciente aguarde o julgamento do mérito desta impetração em **regime prisional**

semiaberto, salvo se, por outro motivo, ele estiver descontando reprimenda em meio prisional mais severo.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao Juízo da Vara Criminal da Comarca de Pitangueiras/SP, solicitando-lhes que prestem as informações necessárias, bem como a senha de acesso para a consulta processual, se houver, a serem prestadas preferencialmente por meio de malote digital.

Posteriormente, encaminhem-se aos autos ao Ministério Público Federal para parecer.

Cumpridas as diligências acima referenciadas, tornem-me conclusos.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 14 de junho de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator