HABEAS CORPUS Nº 516.490 - SP (2019/0176658-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO FELIPE AUGUSTO PERES PENTEADO - SP273113
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	CRISMO RODRIGUES BARBOSA (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de CRISMO RODRIGUES BARBOSA, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0000618-62.2018.8.26.0535.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/06 (fls. 16-25).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, deu parcial provimento ao apelo defensivo, para aplicar a causa de redução do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas e reduzir a pena do paciente para 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mantido do regime fechado, mais pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, em v. acórdão assim ementado:

> *"Apelação. Crime de tráfico de drogas. Sentença condenatória. 1. Quadro probatório suficiente a evidenciar a responsabilidade penal do acusado pelo crime de tráfico de drogas. 2. Aplicação da causa de redução de pena prevista no artigo 33, par. 4º, da Lei nº 11.343/06. 3. Sanção reduzida, com manutenção do regime inicial fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade. Recurso parcialmente provido"* (fl. 39).

Dai o presente **writ**, onde a impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na fixação do regime inicial fechado, haja vista que o paciente é primário e ostenta bons antecedentes.

Requer, **liminarmente**, a concessão da ordem para o paciente aguarde o julgamento do presente **writ** no regime semiaberto. **No mérito**, pela concessão definitiva para fixar o regime intermediário.

É o breve relatório.

Decido.

A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso pertinente (**v.g.**: HC 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (**v.g.**: HC 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração.

Entretanto, no caso de flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, a jurisprudência recomenda a concessão da ordem de

ofício.

Na hipótese, compulsando os autos, denota-se a presença dos requisitos autorizadores da concessão da medida liminar, a saber, **fumus boni iuris** (plausibilidade do direito alegado) e **periculum in mora** (iminência de constrangimento ilegal na liberdade ambulatorial).

Em relação ao regime prisional, sabe-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 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.

Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

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.

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, **in verbis**:

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.

Cotejando os autos, verifica-se que o paciente, além de ser

primário, teve a pena fixada no mínimo legal e fez jus à incidência da minorante inserta no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, que resultou reprimenda inferior a 4 anos, mostrando-se plausível, assim, a readequação do regime prisional.

Assim, presentes os requisitos do **periculum in mora** e do **fumus boni iuris**, concedo a liminar e fixo o regime **semiaberto** ao paciente, para início de cumprimento da reprimenda, até o julgamento final deste **writ**.

Solicitem-se, **com urgência e via telegrama**, informações atualizadas e pormenorizadas à autoridade tida por coatora.

Após, vista dos autos à d. Subprocuradoria-Geral da República.

Comunique-se com urgência.

P. e I.

Brasília (DF), 17 de junho de 2019.

Ministro Felix Fischer
Relator