

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 533.081 - SP (2019/0273613-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
JULIANA MARTINS DE CARVALHO MONNERAT - SP225741
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DENISSON DO NASCIMENTO SOUSA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **DENISSON DO NASCIMENTO SOUSA**, de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento ao apelo ministerial a fim de estabelecer o regime semiaberto, para o cumprimento da pena reclusiva de 2 anos e 6 meses, por infração ao art. 33, *caput*, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. A ordem foi concedida, de ofício, para deferir a permuta legal do art. 44 da referida normal legal.

Neste *writ*, a impetrante alega, em suma, manifesto constrangimento ilegal na definição do regime prisional mais grave. Destaca que aplicada a pena em patamar inferior a 4 anos e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o paciente tem direito ao início do cumprimento da pena no modo aberto.

Liminar indeferida (e-STJ, fl. 41).

O MPF manifestou-se pela concessão da ordem (e-STJ, fls. 47-50).

É o relatório.

Decido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem, de ofício.

O Tribunal paulista manteve o regime mais severo pelos seguintes fundamentos:

"O regime inicial de seu cumprimento, porém, a meu ver, realmente deve ser modificado. No meu ponto de vista, respeitada a compreensão diversa do Juiz sentenciante, e a despeito da extensão da pena corporal aplicada, não é caso de se manter o regime inicial aberto; quer em razão da gravidade do delito e da natureza de um dos entorpecentes apreendidos, quer em razão de o regime inicial aberto não se mostrar suficiente à prevenção e à repressão da infração penal perpetrada pelo réu (cf. artigo 33, § 3º, do Código Penal)."

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 condenação por

Superior Tribunal de Justiça

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.

Sobre o tema, as súmulas n. 440/STJ e 718 e 719 do STF estabelecem que "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

In casu, observa-se que o Tribunal de origem fixou o regime mais grave, tendo como fundamento as circunstâncias do delito e a natureza de uma das drogas apreendidas.

Entretanto, não sendo expressiva a quantidade de entorpecentes (31,8g de cocaína e 18,3g de maconha), e certificada a primariedade do agente e a análise favoráveis das circunstâncias judiciais, o modo aberto é o adequado ao cumprimento da pena reclusiva de 2 anos e 6 meses, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do CP, conforme posto pelo magistrado de primeiro grau.

Ilustrativamente:

"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 a 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, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 09/12/2015)

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

Superior Tribunal de Justiça

reclusiva.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 02 de outubro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator

