

HABEAS CORPUS Nº 548.471 - SP (2019/0356445-5)

RELATOR : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
VIVIAN MARIA LOPES - SP199591
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO SALDANHA ALBA (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 RODRIGO SALDANHA ALBA, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0007056-41.2017.8.26.0050.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, porque incurso no artigo 33, **caput**, c.c. artigo 40, inciso VI, ambos da Lei nº 11.343/2006 (fls. 14-18).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, deu parcial provimento ao apelo defensivo para reduzir as penas do paciente a 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão e pagamento de 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa, no valor unitário mínimo, por incidência do artigo 33, §4º, da Lei Antidrogas, e fixar o regime semiaberto, em v. acórdão assim ementado:

"APELAÇÃO. Tráfico ilícito de droga. Envolvimento de adolescente. Materialidade e autoria comprovadas. Impossibilidade de desclassificação para o tipo do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006. Causa de aumento do artigo 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/2006 comprovada. Condenação mantida. Dedicção do réu a atividade criminosa. Não caracterização. Incidência do

reductor previsto no artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006 e do abrandamento do regime prisional para o semiaberto. Aplicação de penas alternativas. Medida que não se mostraria adequada e socialmente recomendável. Recurso provido em parte" (fl. 20).

Dai o presente **writ**, onde a impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na fixação do regime semiaberto para início de cumprimento da pena.

Requer, **liminarmente**, a concessão da ordem para que o paciente possa aguardar em regime aberto o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

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, infere-se que a Corte local estabeleceu o regime mais gravoso com lastro apenas na hediondez e em elementos inidôneos a ensejar a necessidade do regime mais gravoso, configurando-se, assim, o constrangimento ilegal.

In casu, 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, mostrando-se plausível, assim, a readequação do regime prisional.

Nesse compasso, uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, c/c o art. 59 do CP, quais sejam: a ausência de reincidência; condenação por um período igual ou inferior a 04 (quatro) anos e o reconhecimento de circunstâncias judiciais inteiramente favoráveis (**art. 59 do CP**), deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional aberto.

Assim, presentes os requisitos do **periculum in mora** e do **fumus boni iuris**, concedo a liminar e fixo o regime **aberto** 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.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 27 de novembro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator