

HABEAS CORPUS Nº 541.980 - SP (2019/0321046-9)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : WELLINGTON DA SILVEIRA
ADVOGADO : WELLINGTON DA SILVEIRA - SP214671
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSILAINE SOUSA DE OLIVEIRA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de JOSILAINE SOUSA DE OLIVEIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0001057-10.2017.8.26.0535.

Depreende-se dos autos que a paciente foi condenada à pena de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial aberto, como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, c/c o artigo 40, inciso III, ambos da Lei n. 11.343/2006, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

No julgamento da apelação, o Tribunal de origem deu provimento parcial ao recurso ministerial a fim de fixar o regime prisional fechado para o início do cumprimento da reprimenda, cassada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, mantendo-se, no mais, a sentença condenatória.

Nesta via, sustenta o impetrante, em síntese, a ausência de fundamentação idônea apta a justificar a fixação do regime inicial fechado.

Evoca os enunciados das Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça.

Assevera que a paciente preenche os requisitos para a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, alegando, ainda, que deve ser observado o tempo em que a apenada esteve presa provisoriamente, a teor do art. 387, § 2º, do CPP, para fins de estabelecimento do modo prisional.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja alterado o regime prisional para o aberto e substituída a reprimenda privativa por restritiva de direitos.

A liminar foi deferida às fls. 362-364, para determinar que a paciente aguarde no regime aberto o julgamento do mérito da impetração.

Informações prestadas às fls. 370-372 e 379-399.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 373-376, pela concessão da ordem.

É o relatório.

Cumpra pontuar que esta Corte Superior de Justiça não mais admite a utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso cabível, como ocorre na hipótese, circunstância que impede o seu formal conhecimento.

Entretanto, deve-se verificar se o caso revela constrangimento ilegal flagrante, circunstância que exige a atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal. Passa-se a análise do constrangimento ilegal alegado.

Com efeito, o colegiado estadual, fixou o regime inicial fechado, sob o

seguinte fundamento (e-STJ fl. 337):

"O regime inicial fechado para o crime de tráfico de drogas se mostra adequado em razão da pena aplicada, e 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, além de merecer a conduta dos acusados maior repressão por parte do Estado"

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, foi fixado com base na gravidade em abstrato do delito, adotando-se elementos próprios do crime de tráfico, 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, como no caso dos autos (e-STJ fl. 336).

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:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. CONCESSÃO DA MINORANTE NA FRAÇÃO MÁXIMA. ESTABELECIMENTO DO REGIME FECHADO PARA INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA COM FUNDAMENTO NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a

fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

2. No caso em apreço, o regime fechado foi aplicado sem fundamentação idônea, mas com fulcro, apenas, na gravidade abstrata do delito, em patente afronta ao disposto no enunciado 440 da Súmula desta Corte Superior de Justiça, segundo o qual: "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". Nos mesmos termos, estão os enunciados 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, também afrontados pelas instâncias ordinárias.

3. Sob tal perspectiva, dada a quantidade de pena aplicada (1 ano e 8 meses de reclusão), fixada a pena-base no mínimo legal e concedida a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 2/3 (dois terços), mantém-se o regime inicialmente aberto para cumprimento da sanção, bem assim a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, já que preenchidos os requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 485.239/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 01/07/2019)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.64/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial

fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

3. Com base no julgamento do HC 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime de associação para o tráfico e de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

4. Hipótese em que o regime inicial mais gravoso foi fundamentado apenas na gravidade abstrata do crime de associação para o tráfico de drogas.

5. O quantum da condenação, inferior a 4 anos, 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, além da substituição por restritivas de direitos.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais. (HC 437.290/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 08/05/2018)

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** para o resgate da pena corporal aplicada ao paciente, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do CP.

Finalmente, não há que se 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, de ofício**, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, apenas para fixar o regime prisional **aberto** para início do cumprimento da pena, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator