

HABEAS CORPUS Nº 533.760 - SP (2019/0277925-9)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ROSILENE CRISTINA OTAVIANO - SP403544
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VINICIUS DIAS FERNANDES DE OLIVEIRA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de VINICIUS DIAS FERNANDES DE OLIVEIRA apontando como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - Apelação n. 1501114-14.2018.8.26.0536.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado à pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, no regime inicial fechado, em razão da prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, inciso III, ambos da Lei n. 11.343/2006.

No julgamento da apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa, mantendo incólume a sentença condenatória.

Sustenta a impetrante, em síntese, que o regime fechado fixado para início de desconto da reprimenda imposta ao paciente foi estabelecido com base na gravidade abstrata da conduta.

Entende que a quantidade de pena aplicada ao paciente, sua primariedade e o fato de as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal lhe haverem sido consideradas favoráveis permitiriam a mitigação para o modo inicial aberto.

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

Requer a concessão da ordem constitucional para que o paciente possa cumprir a pena em regime aberto e seja substituída por restritiva de direitos.

A liminar foi deferida às fls 51-52.

As informações foram prestadas às fls. 67-81.

O MPF, às fls. 83-87, manifestou-se pela concessão da ordem.

É o relatório.

Cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

No que tange à pretensão de abrandamento do regime prisional, a Corte estadual teceu as seguintes considerações: (e-STJ fl. 46):

Superior Tribunal de Justiça

"Foi fixado regime inicial fechado na r. sentença, que ora mantenho. O regime inicial adequado para o crime de tráfico de drogas é mesmo o inicial fechado. Todo indivíduo que participa de narcotráfico revela extrema periculosidade.

O crime em tela intranquiliza a população e vem crescendo, causa problemas gravíssimos ao bom convívio familiar. Essa difusão há de ser coibida pelo Estado-Juiz, o qual, ao impor regime mais rigoroso, não só retirará o malfeitor perigoso do convívio social, mas também evitará que ele continue a exercer suas atividades ilícitas, viciando pessoas e destruindo famílias."

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 fechado foi escolhido apenas com base na gravidade em abstrato do delito, 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 (e-STJ fl. 43), como no caso dos autos.

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:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. RECEPÇÃO. ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PEDIDO DE EXTENSÃO DOS EFEITOS DO ACÓRDÃO AO CORREÚ. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 580 CPP. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE. REGIME SEMIABERTO

IMPOSTO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. SÚMULAS 440/STJ, 718 E 719/STF. PEDIDO DE EXTENSÃO DEFERIDO.

1. Hipótese na qual resta evidenciada a semelhança entre as condições objetivas e subjetivas dos corréus, para fins do art. 580 do CPP, impondo-se a fixação do regime prisional aberto para o início do desconto da reprimenda a eles estabelecida.

2. De acordo com a Súmula 440/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". De igual modo, as Súmulas 718 e 719/STF, prelecionam, respectivamente, que "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" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

3. Malgrado a fixação da pena-base no mínimo legal e a primariedade do réu não conduzam, necessariamente, à fixação do regime prisional menos severo, os fundamentos genéricos utilizados no decreto condenatório não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal).

4. Tratando-se de réu primário, ao qual foi imposta pena inferior a 4 anos de reclusão e cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, sem que nada de concreto tenha sido consignado de modo a justificar o recrudesimento do meio prisional, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea "c", e 3º, do Código Penal, deve a reprimenda ser cumprida, desde logo, em regime aberto.

5. Pedido de extensão dos efeitos do acórdão proferido nos autos deferido, com fundamento no art. 580 do CPP, para estabelecer ao corréu o regime prisional aberto para o início do desconto da reprimenda.

(PExt no HC 495.598/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 30/04/2019)"

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. O posicionamento hoje pacificado no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que se mostra inadmissível a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que aquele previsto para a sanção corporal aplicada, apenas com fundamento na gravidade abstrata do delito.

2. Considerando a reprimenda definitiva imposta (inferior a 8 anos), a fixação da pena-base no mínimo legal e a ausência de

Superior Tribunal de Justiça

fundamentação para a imposição de regime inicial mais rigoroso, verifica-se, assim, que o sentenciado faz jus a iniciar o cumprimento da reprimenda imposta no regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 497.559/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 11/04/2019, DJe 30/04/2019)

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, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do CP.

Presentes os requisitos do art. 44 do CP, substitui-se a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos a serem oportunamente especificadas pelo Juízo da execução penal.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do writ, **concedendo-se a ordem**, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, a fim de fixar o regime prisional **aberto** para início do cumprimento da pena pelo paciente, bem como para substituir a reprimenda corporal por duas restritivas de direitos a serem oportunamente especificadas pelo Juízo da execução penal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro JORGE MUSSI
Relator