

HABEAS CORPUS Nº 547.824 - SP (2019/0353048-6)

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
JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA - SP275887
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANA ALINE CARDOSO TOSO (PRESO)
PACIENTE : JADE DE SOUZA MENDES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de ANA ALINE CARDOSO TOSO e JADE DE SOUZA MENDES contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** no julgamento da Apelação n. 0002069-73.2015.8.26.0553.

Depreende-se dos autos que as pacientes foram condenadas, em primeira instância, às penas de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, além do pagamento de 166 dias-multa, como incurso no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 (fls. 22-29).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo, em v. acórdão assim ementado:

"TÓXICO TRÁFICO DE DROGAS Insuficiência de provas. Não configurado. REVELIA. Depoimentos dos policiais que se mostraram coerentes e firmes. Quantidade e variedade de drogas e conduta que encaminha ao reconhecimento do crime. Confissão extrajudicial e declarações do adolescente envolvido que evidenciam a veracidade dos depoimentos dos policiais. DOSIMETRIA DA PENA Substituição da pena privativa de liberdade não recomendável. Proibição legal. Regime fechado. Mantido. RECURSO NÃO PROVIDO" (fl. 31).

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

Requer, **liminarmente**, a concessão da ordem para que seja determinado a expedição de contramandado de prisão ou de alvará de soltura em favor das pacientes, até o julgamento final deste **writ**. No mérito, pugna pela fixação do regime aberto e substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

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 as pacientes, além de serem primárias, tiveram suas penas fixadas no mínimo legal e fez jus à incidência da minorante inserta no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, em seu grau máximo, 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** as pacientes, 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 ao Ministério Público Federal.

Comunique-se com urgência.

P. e I.

Brasília (DF), 25 de novembro de 2019.

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

Relator