

HABEAS CORPUS Nº 545.045 - SP (2019/0337705-0)

RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
IMPETRANTE : HELDER GUSTAVO CARDOSO PEDRO BELLO
ADVOGADO : HELDER GUSTAVO CARDOSO PEDRO BELLO - SP403159
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MIKE WILLIAN ALVES KILCA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de MIKE WILLIAN ALVES KILCA, contra o v. acórdão prolatado pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos do **HC** n. 2181497-20.2017.8.26.0000.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, pela prática do delito descrito no art. 33, **caput**, em combinação com o § 4º do mesmo dispositivo da Lei nº 11.343/06, à pena de 01 ano e 08 meses de reclusão, em regime inicial **fechado**, e pagamento de 166 diárias de multa (fls. 12-15).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo, consoante voto conduzido do v. acórdão de fls. 392-395.

Irresignada, ainda, a defesa impetrou **habeas corpus** perante a Corte local, que, por decisão de e. Desembargador, **indeferiu a liminar** pleiteada.

Dai o presente **writ**, onde o impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na fixação do regime mais gravoso, no caso, o fechado.

Para tanto, sustenta, que *"Em que pese ter havido a condenação do PACIENTE à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, há de se consignar, inclusive diante do atual entendimento jurisprudencial desta Corte, que o regime inicial fechado é evidentemente desproporcional, afrontando as*

diretrizes do artigo 33 do Código Penal" (fl. 5).

Requer, **liminarmente**, a concessão da ordem, para que seja fixado o regime aberto para início de cumprimento da reprimenda, bem como a substituição da pena corporal por restritiva de direitos (fl. 10).

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 na **gravidade abstrata do crime** 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, 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** 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 ao **Ministério Público Federal**.

Comunique-se com urgência.

P. e I.

Brasília (DF), 08 de novembro de 2019.

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

Relator