

HABEAS CORPUS Nº 544.984 - SP (2019/0336860-8)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : ELIEL OIOLI PACHECO
ADVOGADO : ELIEL OIOLI PACHECO - SP0147337
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : OSNI RIBEIRO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em face de acórdão, assim ementado (fls. 31):

CRIMINAL. CONTRAVENÇÃO PENAL. JOGO DO BICHO. *EMENDATIO LIBELI*. ART. 58 DO DECRETO-LEI N.º 6.259/44. RECURSO MINISTERIAL. POSSIBILIDADE. *NON REFORMATIO IN PEJUS*. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. REINCIDÊNCIA CARACTERIZADA. COMPROVADA COORDENAÇÃO E PROMOÇÃO DA CONTRAVENÇÃO PENAL. NEGA PROVIMENTO APELAÇÃO DA DEFESA E DÁ PROVIMENTO APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

O paciente foi condenado à pena de 5 meses de prisão simples, em regime aberto, como incurso no art. 58 da Lei de Contravenções Penais.

O TJSP deu parcial provimento ao recurso ministerial para readequar a pena para 9 meses e 5 dias de prisão simples, no regime semiaberto, corrigindo, posteriormente, em sede de embargos declaratórios, a reprimenda para 8 meses e 5 dias de reclusão.

Neste *writ*, a defesa pretende a concessão da prisão domiciliar ao paciente, acometido de diversas doenças, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Pontua que *O estado de senilidade é a condição resultante da idade avançada somada ao seu estado de saúde bastante precário faz com que esteja extremamente debilitado já há longo tempo conforme demonstra o documento de fls. 69, somado aos laudos do cardiologista, da fisioterapeuta e do psiquiatra que seguem em anexo* (fl. 4).

Requer, assim, a concessão da ordem e, alternativamente, a expiação da pena em regime aberto.

Indeferida a liminar, prestadas as informações, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *mandamus*.

É o relatório.

DECIDO.

Conforme já adiantado no exame liminar, o pleito de concessão de prisão domiciliar não foi analisado pelas instâncias de origem, de modo que o debate diretamente por este Tribunal superior incorreria em indevida supressão de instâncias.

No tocante ao pleito de abrandamento do regime inicial, tem-se que o modo intermediário foi mantido, com os seguintes fundamentos (fls. 32):

O regime inicial de cumprimento será o SEMIABERTO.

Conforme observa-se, o Tribunal de origem limitou-se a alterar o regime inicial do aberto (fl. 28) para o semiaberto, sem indicar as razões pelas quais o modo prisional deveria ser o mais gravoso.

Assim, ainda que a pena-base tenha sido fixada acima do mínimo legal e o paciente seja reincidente, nota-se a ocorrência de constrangimento ilegal na ausência de fundamentos para a escolha do regime inicial semiaberto, sendo, portanto, necessária a concessão da ordem constitucional para restabelecer o modo prisional aberto. Nesse diapasão:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. RELATORA VENCIDA, NO PONTO. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO A FIM DE FIXAR O REGIME INICIAL SEMIABERTO, VENCIDA A RELATORA, NO PONTO.

1. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

2. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos e 10 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

3. O Tribunal a quo fixou o regime inicial fechado com base, tão somente, no fato de tratar-se de crime equiparado a hediondo, bem como em razão da gravidade abstrata do delito de tráfico, razão pela

qual a Turma entendeu ser imperiosa a fixação do regime inicial semiaberto, concedendo parcialmente a ordem. Vencida esta Relatora, que se posicionou pela manutenção do regime inicial fechado em razão a significativa quantidade de uma das drogas apreendidas - 160 g de cocaína -, o que, inclusive, ensejou a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

4. Habeas corpus parcialmente concedido a fim de fixar o regime inicial semiaberto (vencida esta Relatora, no ponto).

(HC 415.559/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/02/2018, DJe 09/04/2018)

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para alterar o regime inicial para o aberto.

Comuniquem-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 02 de abril de 2020.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator