

HABEAS CORPUS 128.479 ACRE

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO
PACTE.(S) : PAULA SILVA DE ARAÚJO
IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ACRE
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ACRE
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
COATOR(A/S)(ES) : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ACRE
COATOR(A/S)(ES) : JUIZ DE DIREITO DA VARA DE DROGAS E
ACIDENTES DE TRÂNSITO DA COMARCA DE RIO
BRANCO

DECISÃO: Trata-se de “*habeas corpus*” impetrado contra decisão que, emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, acha-se consubstanciada em acórdão assim ementado:

**“AGRAVO REGIMENTAL NO ‘HABEAS CORPUS’.
SÚMULA 691 DO STF. INCIDÊNCIA. SUPERVENIÊNCIA DO
JULGAMENTO DE MÉRITO DO PRÉVIO ‘MANDAMUS’.
EXISTÊNCIA DE NOVO ATO CONSTRITOR. PRETENSÃO
DE SIMPLES REFORMA. INVIABILIDADE. AGRAVO
REGIMENTAL.**

1. A jurisprudência deste Tribunal firmou-se no sentido de que não cabe ‘habeas corpus’ contra indeferimento de pedido liminar em outro ‘writ’, salvo no caso de flagrante ilegalidade ou teratologia da decisão impugnada, o que não é a hipótese dos autos, sob pena de indevida supressão de instância. Incidência do óbice constante da Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal.

2. Sobreindo julgamento de mérito do prévio ‘mandamus’ com a denegação da ordem, superados encontram-se os fundamentos aqui deduzidos, diante da existência de novo ato constritor contra o qual deve a recorrente se insurgir.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(HC 320.493-AgRg/AC, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – grifei)

Busca-se, nesta sede processual, “*seja cassada a sentença condenatória, tendo em vista a completa ausência de fundamentação quanto à necessidade de inserção da paciente em regime prisional mais gravoso que o admitido pelo Código Penal*” (grifei).

Pede-se, subsidiariamente, **seja fixado** o regime aberto para o início do cumprimento da pena imposta à ora paciente.

O Ministério Público Federal, **em pronunciamento** da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República Dra. DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA, **opinou pela concessão da ordem de “habeas corpus” de ofício em parecer** assim ementado:

“‘Habeas corpus’. Tráfico de drogas. Pretensão de fixação de regime inicial aberto. Superveniência de julgamento no TJAC. Novo título. Ausência de fundamentação. Possibilidade de aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 no grau máximo, de substituição da pena e fixação do regime inicial aberto, ante a presença de todas as circunstâncias favoráveis. Parecer pelo não conhecimento do ‘writ’, mas pela concessão da ordem de ofício.” (grifei)

Sendo esse o contexto, **examino**, preliminarmente, questão **relativa à admissibilidade** desta ação de “habeas corpus”. **E**, ao fazê-lo, observo **que** a decisão impugnada sequer examinou os fundamentos **em que se apoia** a presente impetração.

Inexiste, portanto, coincidência temática **entre** os fundamentos invocados **na presente** ação de “habeas corpus” **e aqueles que dão apoio** à decisão **objeto** de impugnação **nesta** sede processual.

A **circunstância** que venho de mencionar (ocorrência **de incoincidência** temática) **faz incidir**, na espécie, **em relação** à presente ação de “habeas corpus”, **a jurisprudência** desta Corte, **que assim se tem**

pronunciado nos casos em que as razões invocadas pelo impetrante **não guardam pertinência** com aquelas **que dão suporte** à decisão impugnada (**RTJ 182/243-244**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **HC 73.390/RS**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **HC 81.115/SP**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, v.g.):

“IMPETRAÇÃO DE ‘HABEAS CORPUS’ COM APOIO EM FUNDAMENTO NÃO EXAMINADO PELO TRIBUNAL APONTADO COMO COATOR: HIPÓTESE DE INCOGNOSCIBILIDADE DO ‘WRIT’ CONSTITUCIONAL.

– Revela-se insuscetível de conhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, o remédio constitucional do ‘habeas corpus’, quando impetrado com suporte em fundamento que não foi apreciado pelo Tribunal apontado como coator.

Se se revelasse lícito ao impetrante agir ‘per saltum’, registrar-se-ia indevida supressão de instância, com evidente subversão de princípios básicos de ordem processual. Precedentes.”

(RTJ 192/233-234, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

“Em ‘habeas corpus’ substitutivo de recurso ordinário, a inconformidade deve ser com o acórdão proferido pelo STJ e não contra o julgado do Tribunal de Justiça.

O STF só é competente para julgar ‘habeas corpus’ contra decisões provenientes de Tribunais Superiores.

Os temas objeto do ‘habeas corpus’ devem ter sido examinados pelo STJ.

.....
Caso contrário, caracterizaria supressão de instância.

‘Habeas Corpus’ não conhecido.”

(HC 79.551/SP, Rel. Min. NELSON JOBIM – grifei)

Disso tudo resulta que os fundamentos **que dão suporte** à presente impetração, **para serem conhecidos** pelo Supremo Tribunal Federal **em sede** de “habeas corpus”, **precisam** constituir objeto **de prévio exame** por parte do E. Superior Tribunal de Justiça, **sob pena** de configurar-se, *como*

precedentemente já acentuado, inadmissível supressão de instância, **consoante tem advertido** o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte:

“EXECUÇÃO PENAL. ‘HABEAS CORPUS’. PROGRESSÃO DE REGIME. CUMPRIMENTO DE UM SEXTO DA PENA. QUESTÃO NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL ‘A QUO’. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIAS. PRECEDENTES. ‘WRIT’ NÃO CONHECIDO.

1. A presente impetração visa ao reconhecimento do direito do paciente em progredir de regime prisional em razão do cumprimento de um sexto da pena.

2. A questão suscitada pelo impetrante no presente ‘habeas corpus’ não foi sequer apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, já que não tinha sido submetida anteriormente ao crivo do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

3. Desse modo, o conhecimento da matéria, neste momento, pelo Supremo Tribunal Federal acarretaria inadmissível supressão de instâncias.

4. A jurisprudência dessa Suprema Corte é firme no sentido de que ‘não se conhece de ‘habeas corpus’ cujas questões não foram apreciadas pela decisão contra a qual é impetrado.’ (HC 93.904/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 094).

5. ‘Writ’ não conhecido.”

(HC 97.761/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE – grifei)

Ocorre que, em situações excepcionais, o Supremo Tribunal Federal, mesmo **não** conhecendo do “writ” constitucional, **tem**, ainda assim, **concedido** de ofício a ordem de “habeas corpus”, **desde** que configurada situação de evidente ilegalidade.

Por tal razão, **passo a analisar** o pleito ora formulado na presente impetração. E, ao fazê-lo, entendo assistir razão à ora impetrante no ponto em que busca o **reconhecimento do direito subjetivo** da paciente **de sofrer** a execução da pena *em regime inicial aberto*.

Com efeito, a análise objetiva das razões invocadas na presente impetração revela inquestionável relevo jurídico, especialmente se se examinar o conteúdo da decisão que fixou o regime inicial fechado para o cumprimento da pena (de 03 anos e 04 meses de reclusão) imposta à ora paciente.

É certo que o preceito inscrito no art. 33, § 2º, “c”, do Código Penal não obriga a autoridade judiciária a fixar, desde logo, o regime penal aberto.

Como se sabe, a norma legal em questão permite ao juiz impor ao sentenciado regime penal mais severo, desde que o faça, no entanto, em decisão suficientemente motivada (RTJ 141/545 – RTJ 151/212). A opção pelo regime menos gravoso, desse modo, constitui mera faculdade legal reconhecida ao magistrado, consoante enfatizado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“(...) O direito positivo brasileiro permite ao juiz impor ao sentenciado regime penal mais severo, desde que o faça em decisão suficientemente motivada (...)”

(RTJ 154/103, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

“O cumprimento em regime mais brando (...) não é decorrência automática da duração da pena, mas simples faculdade do juiz, que pode e deve evitá-lo, quando não satisfeitos os pressupostos estabelecidos no ‘caput’ do art. 59 do Código Penal.”

(HC 66.950/RO, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI – grifei)

Vê-se, portanto, que o Poder Judiciário – em face do que prescreve o art. 33, § 3º, do Código Penal – deve justificar, de modo adequado e satisfatório, a imposição do regime inicialmente fechado, quando cabível, em tese, como no caso, a aplicação de regime penal menos gravoso.

Ocorre, no entanto, que o magistrado sentenciante, **ao fixar** o regime inicial fechado para o cumprimento da pena **imposta** à ora paciente, **simplesmente deixou de fundamentar**, mediante invocação de elementos idôneos, a **decisão** que estabeleceu regime penal **mais gravoso** do que aquele facultado pela sanção efetivamente aplicada à paciente em causa, **transgredindo**, desse modo, o **enunciado** fundado na Súmula 719/STF, que assim dispõe:

*“A imposição do regime de cumprimento **mais severo** do que a pena aplicada permitir **exige motivação idônea**.” (grifei)*

A leitura da sentença penal condenatória **revela** dado juridicamente relevante **para efeito** de definição imediata do regime penal aberto, **pois**, segundo resulta desse próprio ato sentencial, as circunstâncias judiciais **são inteiramente favoráveis** à ora paciente.

Cabe destacar, neste ponto, que a condenação penal **com fundamento no § 4º** do art. 33 da Lei de Drogas **não se revela incompatível** com a aplicação, **em favor** da pessoa condenada, **de regime mais brando**, como o regime penal aberto, **tal como tem acentuado** a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (**HC 103.737/SP**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – **HC 115.917/SP**, Rel. Min. LUIZ FUX – **HC 122.113/MG**, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – **HC 123.432/SP**, Rel. Min. GILMAR MENDES, v.g.):

*“**Penal. Tráfico de drogas privilegiado (art. 33, ‘caput’, e § 4º da Lei nº 11.343/06) (...). Regime prisional fechado. Fixação em atenção à mera gravidade abstrata do crime, com emprego de fórmulas genéricas. Inadmissibilidade. Necessidade de motivação idônea para imposição de regime mais gravoso do que aquele condizente com a pena aplicada (...). Ordem parcialmente concedida.**”*

.....

3. A mera gravidade abstrata do crime e o emprego de fórmulas genéricas, válidas para todo e qualquer caso, não constituem motivação idônea e suficiente para a imposição de regime mais severo do que a pena aplicada admite.

.....
5. Ordem parcialmente concedida, para fixar o regime inicial aberto (...)."

(HC 126.571/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – grifei)

Sendo assim, em face das razões expostas, e acolhendo, em parte, o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, não conheço da presente ação de "habeas corpus", mas concedo a ordem de ofício, para reconhecer o direito de a paciente em referência cumprir a execução da pena em regime aberto, a ser fiscalizado pelo Juízo das Execuções Penais da comarca de Rio Branco/AC.

Comunique-se, com urgência, transmitindo-se cópia da presente decisão ao E. Superior Tribunal de Justiça (HC 320.493/AC), ao E. Tribunal de Justiça do Estado do Acre (HC nº 1000417-10.2015.8.01.0000), ao Juízo de Direito da Vara de Delitos de Drogas e Acidentes de Trânsito da comarca de Rio Branco/AC (Processo nº 0005582-86.2014.8.01.0001) e ao Juízo de Direito da Vara de Execuções Penais da comarca de Rio Branco/AC (Processo nº 0002891-65.2015.8.01.0001).

Arquivem-se os presentes autos.

Publique-se.

Brasília, 14 de outubro de 2015.

Ministro CELSO DE MELLO
Relator