

HABEAS CORPUS Nº 466.739 - PE (2018/0222231-3)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : JONATAN CABRAL DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA-BASE. VETORES DA CULPABILIDADE E DA CONDUTA SOCIAL VALORADOS NEGATIVAMENTE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AÇÕES PENAIS EM CURSO. SÚMULA N. 444 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. NÃO INCIDÊNCIA. PACIENTE RESPONDE A OUTRO PROCESSO PENAL. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL, RÉU TECNICAMENTE PRIMÁRIO E COM BONS ANTECEDENTES. REGIME INTERMEDIÁRIO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PLEITO PREJUDICADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. A dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68 c/c o art. 59, ambos do Código Penal – CP, e, no caso do delito de roubo, deve ser observada a gravidade do delito, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.

3. Na hipótese, a valoração negativa da **culpabilidade** não está devidamente fundamentada, porquanto os elementos apresentados integram a estrutura do tipo penal, conforme o entendimento desta Quinta Turma no sentido de que *a potencial consciência da ilicitude ou a exigibilidade de conduta diversa são pressupostos da culpabilidade em sentido estrito, não fazendo parte do rol das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, logo, não constitui elemento idôneo a justificar a exacerbação da pena-base* (RHC 41.883/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, DJe 13/4/2016).

4. Inquéritos policiais, ações penais em andamento e até mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser considerados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada, e servir de supedâneo para justificar o afastamento da reprimenda básica do mínimo legalmente previsto em lei, sob pena de malferir o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade. Nesse diapasão, a Súmula n. 444/STJ.

5. A irresignação quanto a ausência de redução da pena diante da confissão espontânea do réu não foi examinada pelo Tribunal *a quo*, circunstância que impede o pronunciamento desta Corte a respeito, sob pena de indevida supressão de instância. Ademais, fixada a pena-base no mínimo legalmente previsto, inviável a aplicação da atenuante pela confissão espontânea, prevista no art. 65, inc. I, do Código Penal – CP, por força da Súmula n. 231 do STJ.

6. *A existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem afastar a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitem concluir que o agente é habitual na prática delitiva* (HC 378.574/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 10/2/2017).

7. Reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade técnica do réu, a quem foi imposto reprimenda definitiva de 5 anos de reclusão, e considerando que a quantidade de droga apreendida não é elevada – 3,210g de *crack* – cabível a imposição do regime inicial semiaberto para cumprimento da sanção corporal, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal – CP.

8. Mantida a pena final em patamar superior a 4 anos de reclusão, resta prejudicado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, afinal, o paciente não preencheu o requisito objetivo para alcançar o benefício.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a reprimenda ao patamar de 5 anos de reclusão, além do pagamento de 500 dias-multa, e fixar o regime inicial semiaberto para o seu cumprimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder, de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 12 de fevereiro de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator

