

HABEAS CORPUS Nº 493.411 - SP (2019/0042614-5)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNO GIRADE PARISE - SP272254
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HIDELBERTO GOMES DA CRUZ JUNIOR (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de HIDELBERTO GOMES DA CRUZ JUNIOR, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0000199-86.2016.8.26.0543.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

No julgamento da apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa, mantendo incólume a sentença condenatória.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que diante da ausência de elementos que demonstrem a dedicação e a habitualidade na prática delitiva, deveria ser aplicada a causa de diminuição especial do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Afirma que não houve fundamentação idônea na escolha do regime prisional mais gravoso, tendo sido considerada apenas a gravidade em abstrato do delito, em dissonância com o entendimento preconizado nos Enunciados Sumulares 718 e 719 da Suprema Corte e 440/STJ.

Requer a concessão sumária e definitiva da ordem constitucional para que seja aplicada a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, com o estabelecimento de regime prisional menos rigoroso.

É o relatório.

A princípio, insurgindo-se a impetração contra acórdão do Tribunal de origem em sede de apelação, mostra-se incabível o manejo do *habeas corpus* originário, já que formulado em flagrante desrespeito ao sistema recursal vigente no âmbito do Direito Processual Penal pátrio.

O pleito formulado na impetração, entretanto, é dotado de plausibilidade jurídica, circunstância que autoriza a atuação *ex officio* desta Corte Superior de Justiça.

No tocante a minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, os requisitos para a pretendida aplicação serão analisados por ocasião do julgamento do mérito da impetração.

Isto porque, no ponto, a motivação que dá suporte à pretensão liminar confunde-se com o mérito do *writ*, devendo o caso concreto ser analisado mais detalhadamente quando da apreciação e do seu julgamento definitivo pelo colegiado.

Nesse sentido:

AGRAVO INTERNO NO HABEAS CORPUS. DECISÃO QUE INDEFERE A LIMINAR. RECURSO INCABÍVEL. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. AGRAVO NÃO CONHECIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de não ser cabível a interposição de agravo regimental contra decisão de relator que motivadamente defere ou indefere liminar em habeas corpus.

2. Não se verifica na decisão agravada manifesta ilegalidade a justificar o deferimento da tutela de urgência, tendo em vista que a análise do alegado constrangimento ilegal confunde-se com o próprio mérito da impetração e implica análise pormenorizada dos autos, devendo ser reservada à apreciação perante o colegiado, após manifestação do Ministério Público Federal.

3. Agravo interno não conhecido.

(AgRg no HC 393.765/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/04/2017, DJe 25/04/2017)

Por outro lado, quanto à pretensão de abrandamento do regime prisional, o acórdão recorrido manteve o modo inicial fechado, nos seguintes termos (e-STJ fl. 448):

"O regime inicial de cumprimento de pena, de igual sorte, deve ser mesmo o fechado.

É certo que a traficância ilícita fomenta a prática de outros delitos, o que faz com que a conduta do réu mereça maior reprovabilidade por parte do Estado. Fica patente, portanto, que o regime fechado é o único que se mostra apto para atingir a função preventiva da pena, de inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do art. 33, § 3º, do CP."

Do trecho acima transcrito, observa-se que a fixação do regime inicial fechado considerou apenas a gravidade em abstrato do delito, fundamento que, nos termos do reiterado entendimento adotado por este Sodalício, é insuficiente à determinação de sistema prisional mais gravoso, sobretudo quando a pena-base não ultrapassa o mínimo legal, como no caso dos autos.

A matéria, aliás, está sumulada no âmbito desta Corte, no enunciado n. 440, a saber:

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.

O Supremo Tribunal Federal também possui orientação firmada acerca do tema, cristalizada nos verbetes ns. 718 e 719, respectivamente:

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.

Nesse norte, os seguintes julgados:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO DO PACIENTE A ATIVIDADE CRIMINOSA. PRECEDENTES. AFASTAMENTO DA CONCLUSÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. NECESSIDADE DE AMPLO REVOLVIMENTO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REGIME INICIAL FECHADO. HEDIONDEZ DO DELITO. ILEGALIDADE. REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.

11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

III - Na espécie, houve fundamentação concreta e idônea para o afastamento do tráfico privilegiado, lastreada na grande quantidade, variedade e natureza das drogas apreendidas, quais sejam, 66,1g de maconha, 6,3g de cocaína, 630ml de lança perfume e 88,9g de crack, elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, pois demonstram que o paciente se dedicava às atividades criminosas, em consonância com o entendimento desta Corte. Rever essa constatação, para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus.

Precedentes.

IV - No que tange ao regime inicial de cumprimento de pena, cumpre registrar que o Plenário do col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo.

V - No presente julgado, constata-se que, não obstante a pena-base tenha sido fixada acima do mínimo legal, o Tribunal de origem não apresentou nenhum fundamento concreto para o agravamento do regime, a não ser a gravidade abstrata do delito, em clara violação

ao entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula n. 440 desta Corte Superior.

VI - Assim, considerando a primariedade do paciente e o quantum de pena estabelecido, forçoso concluir que faz jus ao regime semiaberto, para início de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, § 2º, alínea b, e § 3º, do Estatuto Penal.

VII - Diante da fixação da reprimenda em patamar superior à 4 (quatro) anos de reclusão, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art.44, inciso I, do Código Penal).

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena da paciente, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 484.129/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 14/02/2019)"

"HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO PELA ABSOLVIÇÃO NO TOCANTE AO DELITO DO ART. 35 DA LEI N.º 11.343/2006. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. INVIABILIDADE DE INCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. FATO QUE, POR SI SÓ, DEMONSTRA DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME INICIAL FECHADO ALICERÇADO TÃO SOMENTE NA GRAVIDADE ABSTRATA E HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REGIME SEMIABERTO MAIS ADEQUADO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não se mostra possível examinar o pleito de absolvição pelo crime de associação para o tráfico, na medida em que demandaria revolvimento do conjunto fático-probatório acostado aos autos, desiderato esse incabível na via estreita do habeas corpus.

2. A condenação pelo crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei n.º 11.343/2006) denota a dedicação do agente às atividades criminosas e, por conseguinte, por si só, impede a incidência da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

3. Independentemente da gravidade abstrata e do caráter hediondo do crime, considerado o quantum da pena definitiva imposta - 8 (oito) anos de reclusão -, a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e a consequente fixação das penas-bases de cada um dos delitos no mínimo legal, cabível estabelecer como regime prisional inicial o semiaberto.

4. Ordem parcialmente concedida apenas para determinar que o regime inicial de cumprimento da pena do Paciente seja o semiaberto.

(HC 480.782/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019)"

Ante o exposto, **defere-se** a liminar para determinar que o paciente aguarde no regime semiaberto o julgamento do mérito da impetração, sem prejuízo da sua colocação em modo mais gravoso por causa idônea superveniente.

Superior Tribunal de Justiça

DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO

Edição nº 2615 - Brasília, Disponibilização: Quarta-feira, 20 de Fevereiro de 2019 Publicação: Quinta-feira, 21 de Fevereiro de 2019

Solicitem-se informações ao Tribunal impetrado e ao Juízo de primeiro grau.

Após, dê-se vista ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intime-se

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator

