

HABEAS CORPUS Nº 478.159 - SP (2018/0297071-1)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIEL MOBLEY GRILLO - RJ134850
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLAUDINEIA ARAUJO DE CARVALHO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de CLAUDINEIA ARAUJO DE CARVALHO, contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos que a paciente foi condenada, em sentença confirmada pelo Tribunal, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, às penas de 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e 166 dias-multa.

Sustenta a defesa, em suma, constrangimento ilegal decorrente da fixação do regime fechado sem motivação idônea.

Requer, assim, seja estabelecido o regime prisional aberto, bem como seja substituída a reprimenda corporal por restritivas de direitos.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, o Ministério Público Federal ofertou parecer pelo não conhecimento do *habeas corpus* e pela concessão da ordem, de ofício (fls. 86/94).

É o relatório.

DECIDO.

A presente impetração busca a fixação de regime inicial mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos à paciente, condenada à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

O Tribunal de Justiça manteve o regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos pelos seguintes fundamentos (fls. 53/55):

Também não merece guarida o pedido defensivo de fixação de regime inicial aberto.

O regime inicial de cumprimento escolhido foi o mais rigoroso, fechado, único cabível na hipótese ainda que não fosse pelo quantum das penas e lembradas a reprovabilidade da conduta e a hediondez do crime (Lei nº 11.464/2007). Outro nem seria recomendável, a teor do disposto nos artigos 33 e 59 do Código Penal e obedecidos os princípios da necessidade e suficiência.

Embora se lembre aqui a decisão do Pleno da c. Suprema Corte declarando a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei de Crimes Hediondos, que previa o cumprimento da pena corporal em regime inicialmente fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados (HC nº 111.840/ES, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 14.6.2012), importa consignar que tal declaração deu-se incidentalmente, sem efeito erga omnes. E em verdade, o que lá se decidiu foi que se deveria afastar a obrigatoriedade de início do cumprimento de pena no regime fechado para aqueles que preencham todos os demais requisitos previstos no artigo 33, §§ 2º, b, e 3º, do Código Penal.

Aliás, entende esta e. Corte Estadual pela aplicabilidade da referida norma, o que obriga à fixação do regime inicial mais severo, valendo trazer à colação o decidido:

[...]

E com efeito, pois nos casos de tráfico, em face do bem jurídico protegido e observado o disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, quanto maior a capacidade de viciar da droga em abstrato, maior a reprovabilidade, e como já se decidiu, o regime fechado é o único que se mostra suficiente para atingir a função preventiva específica da pena, que é inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal (Apelação nº 0070508-98.2012.8.26.0050, rel. Lauro Mens de Mello, j. em 18.12.2014).

Por fim, a substituição da pena corporal por restritivas de direitos era também descabida no caso dos autos, porque não recomendável, sem embargo da edição, pelo Senado, da Resolução 05/2012, ou do reconhecimento pela Corte Suprema da inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, contida no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 (HC nº 97.256/RS, rel. Min. Ayres Britto, j. em 1.9.2010).

Na espécie, estão ausentes os requisitos legais (art. 44 do CP), cuidando-se de crime de natureza grave, de reprovabilidade acentuada e cujas circunstâncias e consequências impedem a substituição, sob o risco de a retribuição estatal ao ilícito tornar-se inócua.

Como se vê, foi estabelecido o regime fechado para início do cumprimento da pena em razão da hediondez do delito e em consideração a sua gravidade abstrata e genérica.

A Terceira Seção deste STJ entende ser possível, desde que com base em motivação concreta, estabelecer regime prisional mais gravoso do que aquele que corresponderia, como regra geral, à pena aplicada. Tal fundamentação, porém, deve ser aferida caso a caso (HC n. 362.535/MG, Terceira Seção, Rel. Min. Felix Fischer, Rel. para o acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 8/3/2017).

Na espécie, todavia, o Colegiado de origem valeu-se de argumento baseado na gravidade abstrata do delito para a fixação de regime prisional mais severo, o que, a teor da iterativa jurisprudência das Cortes Superiores é

expressamente vedado. A propósito:

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. VALORAÇÃO NEGATIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSAS DE AUMENTO. MAJORAÇÃO. CRITÉRIO MATEMÁTICO. ILEGALIDADE. SÚMULA 443/STJ. REGIME FECHADO. IMPOSIÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA. CONTINUIDADE DELITIVA. DUAS INFRAÇÕES. MAJORAÇÃO NA FRAÇÃO MÁXIMA. DESCABIMENTO.

1. A consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa são pressupostos da culpabilidade, não servindo para agravar a pena-base.

2. A afirmação de que o roubo teria colocado em risco a vida da vítima e causado intranquilidade social bem como a de que as circunstâncias prejudicavam os acusados têm natureza genérica, uma vez que não se fizeram acompanhar de nenhum elemento concreto extraído do delito pelo qual estavam os pacientes sendo apenados.

3. O prejuízo da vítima é inerente aos crimes contra o patrimônio. Assim, salvo se demonstrada a gravidade exacerbada da lesão, não se presta para fundamentar a análise negativa das consequências do crime. Da mesma forma, por se tratar de elementar, a busca pelo lucro fácil não é apta para agravar os motivos do delito.

4. É descabido atribuir desvalor à conduta social e à personalidade se não há dados concretos nos autos aptos para formar, de maneira segura, a convicção do julgador. Igualmente, não pode lastrear a negatificação dessas circunstâncias a existência de processos em curso.

5. Se os antecedentes foram considerados negativos, mas nem a sentença nem o acórdão fizeram menção à existência de condenação criminal transitada em julgado, tem incidência a Súmula 444/STJ.

6. A exasperação da pena pelas instâncias ordinárias apenas em razão do número de causas de aumento vai de encontro ao comando da Súmula 443/STJ.

7. Sendo os pacientes primários e reduzidas as penas-base ao mínimo legal em razão da ausência de circunstâncias judiciais negativas, impõe-se o estabelecimento do regime inicial semiaberto, mormente porque a opção pelo regime mais severo, nas instâncias ordinárias, foi fundamentada na gravidade abstrata do delito.

8. Se as instâncias ordinárias reconheceram a prática de dois crimes em continuidade delitiva, a exasperação da reprimenda na fração máxima de 2/3 destoa da jurisprudência desta Casa, que, nessa hipótese, determina que a majoração ocorra no piso mínimo de 1/6.

9. Ordem concedida, com extensão ao corréu, Valmir

Antunes Gallardo, para reduzir as penas-base ao mínimo legal, bem como para aplicar a menor fração de aumento na terceira fase da dosimetria (1/3). Habeas corpus deferido, de ofício, em relação a ambos, a fim de fixar o regime inicial semiaberto e, quanto ao mencionado corréu, para reduzir a majoração da reprimenda pela continuidade delitiva à fração mínima de 1/6, ficando as penas redimensionadas nos termos do voto" (HC 136.451/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 12/09/2011).

Nesse contexto, o estabelecimento de regime prisional mais gravoso sem fundamento concreto, contraria o disposto nas Súmulas 440/STJ, 718 e 719/STF, *in verbis*:

Súmula 440/STJ: 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.

Súmula 718/STF: 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.

Súmula 719/STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Sendo assim, não se justifica a imposição de regime inicial fechado à paciente primária, condenada à pena reclusiva inferior a 4 anos – 1 ano e 8 meses –, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, em razão da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, fazendo jus a paciente ao regime **aberto**, em atenção ao disposto no art. 33, §§ 2º, c, e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

No concernente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a Corte estadual, como visto, negou a benesse pelos mesmos motivos. Assim, tem-se que a negativa de conversão também não se justifica, pelas mesmas razões.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para alterar o regime inicial para o aberto e conceder a substituição da pena reclusiva por restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo das execuções.

Comunique-se.

Publique-se.

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

Intimem-se.

Brasília, 18 de fevereiro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO

Relator

