HABEAS CORPUS Nº 485.246 - SP (2018/0339867-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	HOMERO MORALES MASSARENTE
ADVOGADO	:	HOMERO MORALES MASSARENTE - SP144158
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	HIGOR DA SILVA SANTOS (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de HIGOR DA SILVA SANTOS, apontando, como autoridade coatora, o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente, em primeiro grau, foi absolvido da imputação do delito de tráfico de drogas.

Interposta apelação ministerial, a Corte de origem deu provimento ao reclamo para condenar o réu à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

A Defesa sustenta neste *writ*, em suma, constrangimento ilegal por inexistir motivação idônea para a fixação de regime mais gravoso.

Requer, inclusive liminarmente, seja fixado o regime prisional aberto ou seja substituída a pena privativa por restritivas de direitos.

A liminar foi deferida na decisão de fls. 34/35, para permitir ao paciente aguardar o julgamento final deste *writ* em regime aberto.

O Ministério Público Federal ofertou parecer, às fls. 39/42, pelo não conhecimento do *habeas corpus*, mas pela concessão da ordem, de ofício, para que seja fixado o regime inicial aberto, com a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

É o relatório.

DECIDO.

O Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público e condenou o paciente à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão como incurso no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, fixando o regime inicial fechado e negando a substituição por restritiva de direitos, pelos seguintes fundamentos (fls. 24-25):

> Passa-se à dosimetria penal.
> Favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, a pena base deve ser fixada no piso, 05 anos de reclusão mais 500 dias-multa.
> Nada a ser computado na segunda fase.
> Na terceira, vê-se que o réu preenche os requisitos do §4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/06, devendo ser aplicado o redutor máximo de 2/3, culminando pena de 01 ano e 08 meses de reclusão, mais 166 dias-multa, no piso,

> compatível com a pouca nocividade do entorpecente envolvido na conduta.
> **O regime inicial fechado é de rigor, pois sob o prisma da suficiência, é o único compatível com o delito de tráfico de entorpecentes, que tanto mal tem proporcionado à sociedade, tratando-se de crime que fomenta outras espécies de ilícitos penais, provoca a degradação do indivíduo e da família brasileira, desvia a juventude da busca de objetivos lícitos e produtivos em favor do bem comum, tudo em troca de um único escopo, o lucro do traficante.**
> Quem promove este sistema e estimula a degradação alheia, merece repreensão severa.
> **Inviável a substituição da pena corporal por restritivas de direito, mesmo em se tratando do chamado "tráfico privilegiado", pois muito embora afastado o óbice legal, nos termos da Resolução 05/2012 do Senado Federal, que suspendeu a eficácia de parte do dispositivo do citado § 4º, qual seja, a expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direito", a medida revela-se insuficiente para a prevenção e repressão do delito e por ser incompatível com o regime prisional estabelecido.**

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 argumentos baseados na gravidade abstrata do delito e nos genéricos efeitos sociais da criminalidade 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 negativação 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 a paciente primário, condenado à pena reclusiva inferior a 4 anos - *in casu*, 1 ano e 8 meses -, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, em razão da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, fazendo jus o paciente ao regime **aberto**, em atenção ao disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

Abrandado o regime, não persiste a incompatibilidade do cumprimento da pena privativa com a substituição por restritiva de direitos, a que faz jus o paciente, nos termos do artigo 44 do Código Penal.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 20 de fevereiro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator