HABEAS CORPUS Nº 502.115 - SP (2019/0093546-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	RODRIGO CARDOSO
ADVOGADO	:	RODRIGO CARDOSO (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA) - SP244685
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	GARYSON ADRIANO SARAO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **GARYSON ADRIANO SARAO,** em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 4 anos, 4 meses e 15 dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 437 dias-multa, sendo-lhe permitido apelar em liberdade (e-STJ, fls. 6-9).

Irresignadas, ambas as partes apelaram ao Colegiado de origem, que deu parcial provimento aos recursos a fim de reduzir a pena para 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, no regime inicial fechado, além do pagamento de 388 dias-multa, no piso, por infração ao disposto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Eis a ementa do acórdão:

> "TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - APREENSÃO DE 675,8 GRAMAS DE MACONHA - TRAFICÂNCIA COMPROVADA - CONDENAÇÃO CORRETA - READEQUAÇÃO DA PENA - IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA CARCERÁRIA, SUFICIENTE PARA REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO DELITO - PARCIAL PROVIMENTO DOS RECURSOS" (e-STJ, fl. 12).

Neste *writ*, alega a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, sob os seguintes argumentos: a) "sendo condenado a uma pena inferior a QUATRO anos, o Paciente teve fixado o regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena, sem qualquer motivação idônea, com flagrante ofensa as Súmulas 718 e 719 do STF"; b) "além de que analisadas as circunstâncias as diretrizes do art. 59 do Código penal, denota que o paciente agiu com culpabilidade normal a espécie, nada tendo a se valorar como fator que fuja ao alcance do tipo. Tanto que na primeira fase da dosimetria a pena foi fixada no mínimo legal"; c) "se levado em consideração a quantidade de droga para fixação de regime mais gravoso, com base na quantidade de pena fixado, deveria ser fixado o regime semiaberto. Sendo vedado o estabelecimento de regime prisional MUITO mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta" (e-STJ, fls. 1-5).

Pugna, assim, pela concessão da ordem a fim de que seja estabelecido ao paciente o regime prisional aberto ou o semiaberto para o início do desconto da reprimenda.

É o relatório.

Decido.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 anos, 4 meses

e 15 dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, nos seguintes termos:

> "[...] Na primeira fase da dosimetria das penas, a culpabilidade, compreendida como o grau de censurabilidade da conduta, foi a normal para a prática do crime. Quanto aos antecedentes, o acusado não possui condenações criminais transitadas em julgado, razão pela qual não há que se falar em vida pregressa delituosa para fins de majoração da pena provisória.
> Não há nos autos dados que permitam aferir a conduta social e a personalidade do acusado. Os motivos são aqueles inerentes ou ínsitos ao crime de tráfico. As circunstâncias são as normais para a prática do delito. As consequências do crime foram naturais da infração. Em razão da quantidade de droga apreendida com o acusado (675,8 gramas), a pena base deve ser majorada em 1/6, resultando em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.
> Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, razão pela qual a pena não sofre qualquer alteração. Não há como reconhecer a confissão do réu porque afirmou que possuía a droga para uso próprio.
> Na terceira fase, presente a causa de diminuição prevista no §4° do art. 33 da Lei 11.343/06, porquanto o acusado é primário, não registra maus antecedentes, bem como não há nos autos demonstração inequívoca de que integre organização criminosa. Assim, levando-se em conta a significativa quantidade de droga apreendida, a pena deve ser reduzida em 1/4, resultando em 04 (quatro) anos, 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e pagamento de 437 (quatrocentos e trinta e sete) dias-multa.
> O regime para cumprimento da pena é o semiaberto, nos termos do art. 33, §2°, alínea “b”, do Código Penal" (e-STJ, fls. 8-9).

O Colegiado de origem, a seu turno, deu parcial provimento aos apelos interpostos por ambas as partes, tendo reduzido a pena a 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, e fixado o regime prisional fechado pelos seguintes fundamentos:

> "Por outro lado, observa-se que o juiz sentenciante fixou o regime semiaberto para o cumprimento da carcerária.
> Nesse ponto, com razão o Ministério Público, sendo cabível o recrudescimento para o regime inicial fechado, que se mostra adequado e suficiente ao caráter preventivo e repressivo da carcerária, não se olvidando que a traficância é mola propulsora da criminalidade que assola o país, uma vez que o usuário, na ânsia de sustentar seu vício, pratica toda sorte de delitos, abalando consequentemente toda a sociedade" (e-STJ, fl. 18).

Como se vê, o Tribunal de origem fundamentou a fixação do regime fechado em razão da gravidade abstrata do crime de tráfico de drogas.

Convém registrar, por oportuno, que a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e os a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento as diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com a preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Com efeito, estabelecida a pena definitiva em 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, sendo primário o agente, tendo havido valoração negativa das circunstâncias judiciais, o **regime semiaberto** é o adequado à prevenção e a reparação do delito, nos termos do art. 33 do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas, considerando a quantidade de droga apreendida com o paciente (675,8 gramas de maconha), o que reforça a inadequação da escolha do regime mais severo de cumprimento de pena e, por conseguinte, a manifesta a ilegalidade imposta ao paciente.

Nesse sentido:

> "PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.
> 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.
> 2. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.
> 3. Estabelecida a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, sendo primário o agente e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas.
> 4. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.
> 5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva e para substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo da Execução." (HC 329.413/SP, de minha relatoria, Quinta Turma, DJe 27/04/2016).
>
> "*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO COM

> BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO E NA QUANTIDADE DE DROGA QUE NÃO SE MOSTRA EXACERBADA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. DETRAÇÃO DA PENA. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA CORTE LOCAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> 1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.
> 2. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.
> 3. A valoração negativa da quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por pena restritiva de direitos. Precedentes.
> 4. Hipótese em que as instâncias ordinárias fixaram o regime fechado com base na natureza hedionda do crime de tráfico de drogas e na quantidade de entorpecentes - 43,1 g de maconha e 11,3 g de cocaína - que não se mostra exacerbada.
> 5. Assim, tratando-se de paciente primário, condenado a pena privativa de liberdade superior a 4 e não excedente a 8 anos, faz jus ao regime inicial semiaberto.
> 6. O tema referente à possibilidade de detração da pena não foi enfrentado pela Corte de origem, de forma que sua análise por este Tribunal implicaria supressão de instância.
> 7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto."
> (HC 334.208/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016.)

Por derradeiro, estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do CP, admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo *quantum* de reprimenda imposta ao réu.

A seguir, parcialmente, ementas de acórdãos desta Corte versando a respeito da matéria e que respaldam essa solução:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ARTIGO 157, § 2º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL). REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE EM CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MAUS ANTECEDENTES. MANUTENÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO NÃO EVIDENCIADO.
> 1. **A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no**

> **sentido de que a escolha do sistema prisional não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* de pena firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso concreto.**
> **2. Com efeito, não é possível constatar flagrante ilegalidade na imposição do regime inicial fechado ao paciente, pois, embora a sua pena tenha sido fixada em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, a existência de circunstância judicial desfavorável, a exemplo dos maus antecedentes, indica que o modo mais gravoso de execução mostra-se adequado na espécie.**
> [...]
> 2. Agravo regimental improvido."
> (AgRg no HC 326.343/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 25/11/2015, grifou-se.)
>
> "*HABEAS CORPUS*. ART. 1°, II, DA LEI N. 8.137/1990, POR QUATRO VEZES, NA FORMA DO ART. 71 DO CP. PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. CULPABILIDADE DESFAVORÁVEL. ELEMENTOS CONCRETOS INDICADOS PELO JULGADOR. *WRIT* DENEGADO.
> 1. A revisão da dosimetria da pena no *habeas corpus* somente é permitida nas hipóteses de falta de fundamentação concreta ou quando a sanção aplicada é notoriamente desproporcional e irrazoável diante do crime cometido.
> 2. A vetorial culpabilidade, analisada como maior grau de censurabilidade da conduta, deve ser mantida quando o acórdão registra a maneira articulada do réu para cometer a sonegação fiscal, pois ele, de forma engenhosa, criou uma empresa formalmente integrada por sócios que, em verdade, não compunham a sociedade empresarial, com a intenção preordenada de lesar o erário. Tal reprovabilidade não é inerente ao tipo penal, pois a fraude fiscal prescinde da criação de empresa de fachada. **É inviável a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao réu primário e condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão quando há registro de circunstância judicial desfavorável (culpabilidade), consoante o teor dos arts. 33, § 3° e 44, III, ambos do CP.**
> [...]
> 6. *Habeas corpus* denegado."
> (HC 335.245/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 11/12/2015, grifou-se.)

Diante do exposto, **não conheço** do *habeas corpus.* Contudo, nos termos do art. 34, XX, do RISTJ, **concedo** a ordem, de ofício, a fim de fixar o regime semiaberto, salvo se, por outro motivo, o paciente estiver descontando pena em meio prisional diverso.

Publique-se. Intime-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Comunique-se à autoridade apontada coatora o teor desta decisão.

Sem recurso, certifique-se o trânsito e julgado e arquivem-se os autos.

Brasília, 02 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator