HABEAS CORPUS Nº 504.843 - SC (2019/0108965-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA ANA PAULA BERLATTO FÃO FISCHER - RS079176
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	:	THIAGO SANTOS ALMEIDA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial impetrado em favor de THIAGO SANTOS ALMEIDA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina no julgamento da Apelação n. 0008433-22.2016.8.24.0023.

Dos elementos que instruem os autos, verifica-se que o Juiz de primeiro grau condenou o paciente às penas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, no regime aberto, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, pela prática do delito do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006; por ter sido preso em flagrante, em 9/4/2016, na posse de 1,8g (um grama e oito decigramas) de cocaína. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos (e-STJ fls. 182-193).

O Ministério Público e a defesa interpuseram apelações perante o Tribunal de origem. O apelo defensivo foi desprovido e o recurso ministerial foi parcialmente provido para afastar a minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, fixando as reprimendas em 5 (cinco) anos de reclusão, no regime fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa (e-STJ fls. 301-315).

Segundo a impetração, o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, em resumo, porque foi estabelecido o regime fechado sem amparo em fundamentação idônea.

Alega que o regime mais gravoso foi fixado unicamente com base na gravidade abstrata do crime, sendo devida a alteração para o modo prisional semiaberto.

Evoca o enunciado da Súmula n. 440 do Superior Tribunal de Justiça.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem constitucional para que o paciente possa cumprir a pena em regime semiaberto.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 349-350).

Foram prestadas as informações (e-STJ fls. 352-355 e 356-419).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem de *habeas corpus* (e-STJ fls. 423-440).

É o relatório.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do art. 105 da Constituição da República, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

De plano, constata-se a ocorrência de constrangimento ilegal passível de

concessão de *habeas corpus* de ofício com relação ao regime prisional estabelecido.

O Tribunal *a quo* fixou o regime inicialmente fechado mediante a seguinte fundamentação (e-STJ fls. 313-314):

> *Todavia, em que pese o montante da pena permita a aplicação de regime mais brando, sigo a trilha da jurisprudência que, de forma cautelosa, entende que essa possibilidade deve ser verificada diante das circunstâncias do caso concreto, à luz do disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal e do artigo 42 da Lei n. 11.343/2006.*
> *Ressalta-se que, não se desconhece o entendimento do Supremo Tribunal Federal - HC n. 111.840/ES, rel. Min. Dias Tóffoli, j. 27-6-2012 - e alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça, que, têm fixado o regime inicial diferente do fechado para início do cumprimento da pena em crimes hediondos e equiparados.*
> [...]
> *No caso em comento, restou demonstrado que o acusado não era traficante eventual, posto que dedicava-se a prática de tráfico fazia algum tempo.*
> *Portanto, pode-se concluir que somente através do regime fechado que o acusado poderá se manter longe da rede nefasta que é o narcotráfico, haja vista que é cediço que seus integrantes dificilmente conseguem romper imediatamente os laços que possuem com tal atividade.*
> *Assim diante de tais características do caso em comento, não se mostra socialmente recomendável a fixação de regime inicial mais brando, devendo ser fixado o regime inicial fechado.*

Como se vê, o estabelecimento modo prisional fechado foi realizado com base na gravidade abstrata do delito, utilizando-se de elementos inerentes ao próprio tipo penal imputado ao paciente, o que não é permitido.

No tocante ao regime de cumprimento de pena, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal e as Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719/STF.

Nesse sentido:

> *PENAL*. HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REGIME INICIAL FECHADO. HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. DESCABIMENTO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MINORANTE APLICADA EM METADE. REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. CABIMENTO. HABEAS*

CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

III - O 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. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

IV - O col. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 17/12/2013), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com redação dada pela Lei n. 11.464/07, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

V - Seguindo tal orientação, firmou-se o entendimento nesta Corte segundo o qual o julgador deve observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, independente de o crime ser hediondo ou equiparado. Além disso, segundo pacífica jurisprudência deste Tribunal, a hediondez do crime de tráfico de drogas não autoriza, por si só, a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena.

VI - O excelso Supremo Tribunal Federal, em r. decisão oriunda do Tribunal Pleno, no Habeas Corpus n. 118.533/MS, afastou o caráter hediondo dos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes em que incida a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, como ocorre no presente caso.

VII - In casu, verifica-se que a pena-base foi fixada no mínimo legal, tendo ainda sido aplicada em metade a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4°, da Lei de Drogas. As circunstâncias judiciais, portanto, foram todas consideradas favoráveis.

VIII - Sendo o paciente primário, fixada a pena-base no mínimo legal e consideradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime aberto mostra-se o adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e n. 440 desta Corte Superior.

IX - O Pretório Excelso, nos termos da r. decisão proferida por ocasião do julgamento do HC n. 97.256/RS, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal por meio da Resolução n. 5 de 16/2/2012), permitiu a concessão da benesse aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal, como ocorre no presente caso.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime aberto para o início de cumprimento da pena e determinar a sua substituição por restritiva de direitos, nos moldes a serem

definidos pelo MM. Juízo da Execução Penal, mantidos os demais termos da condenação.
(HC 453.301/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe de 28/06/2018)

HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. RACIONALIZAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO HEROICO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. INDEFERIDA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FUNDAMENTO NA HEDIONDEZ DO DELITO E NA GRAVIDADE ABSTRATA DA CONDUTA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PRIMARIEDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO.*
[...]
2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES em 27/6/2012, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe conferiu a Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados.
3. Em 1º/9/2010, quando do julgamento do HC n. 97.256/RS, a Corte Suprema declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade das expressões 'vedada a conversão em penas restritivas de direito' e 'vedada a conversão de suas penas em restritivas de direito', constantes, respectivamente, do §4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.
*4. **Caso em que o regime fechado foi aplicado à pena reclusiva imposta à paciente, mais severo do que a reprimenda comporta, sem fundamentação idônea, apenas com fulcro na hediondez do delito e na gravidade abstrata da conduta. Afronta ao art. 93, IX, da Constituição da República, e ao Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte Superior de Justiça, segundo o qual: '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'. Nos mesmos termos, estão os Enunciados n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, também afrontados pelas instâncias ordinárias**.*
5. Considerando o quantum da condenação (1 ano, 11 meses e 10 dias), a primariedade da paciente, o fato de não lhe terem sido apontadas circunstâncias judiciais desfavoráveis e o preenchimento dos pressupostos previstos no art. 44 do Código Penal, configura constrangimento ilegal a aplicação do regime inicial fechado e a negativa de substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.
6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para alterar o regime de cumprimento de pena para o aberto e substituir a

> *pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.*
> (HC 360.539/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe de 24/08/2016, sem grifos no original.)

Confiram-se, a propósito, os mencionados verbetes sumulares:

> *"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 440 do STJ)*
>
> *"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 718 do STF)*
>
> *"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea." (Súmula 719 do STF)*

No caso, considerando o *quantum* de pena estabelecido (5 anos de reclusão), a primariedade do condenado, a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e a não expressiva quantidade de droga apreendida (1,8g de cocaína), mostra-se cabível a fixação do regime inicial semiaberto, conforme o disposto no art. 33, § 2º, alínea *b*, e § 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não conheço** do *writ*, **concedendo**, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para estabelecer o **regime inicial semiaberto** para o cumprimento da sanção imposta ao paciente.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 14 de junho de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator