AgRg no HABEAS CORPUS Nº 484.108 - SP (2018/0334191-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	LEONARDO HENRIQUE DOS SANTOS SILVA (PRESO)
ADVOGADOS	:	ROBERTA BEDRAN COUTO - SP209678
		MANOEL JOSÉ PIRES NETO - SP275510

DECISÃO

Cuida-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão unipessoal de e-STJ fls. 106-114 que, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, concedeu a ordem de ofício para fixar o regime prisional semiaberto para início do cumprimento da pena pelo paciente.

Alega o agravante que a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento à Apelação n. 0000227-41.2016.8.26.0612, tendo mantido regime prisional mais severo do que o equivalente ao *quantum* da pena privativa de liberdade, fundamentou-se na gravidade do delito e na quantidade de droga apreendida. Conclui, que sob essa perspectiva, a quantidade de entorpecente é elemento idôneo para fixar o regime mais gravoso para o início do cumprimento da pena.

Requer, ao final, a reconsideração do *decisum* ou a submissão do pleito ao Colegiado, dando-se provimento à irresignação, para determinar a reforma da decisão agravada.

É o relatório.

Da análise dos autos, e com fundamento na faculdade prevista no art. 258, § 3º, do RISTJ, reconsidera-se a decisão, passando-se à análise do *habeas corpus*, em que se aponta constrangimento ilegal consistente na fixação do regime semiaberto para início de cumprimento da pena.

No que tange ao regime inicial de cumprimento de pena imposto ao agravado, colhe-se do acórdão recorrido (e-STJ fl. 44, destaques acrescidos):

> *[...]*
> *Feita essa ressalva e, nos termos dos artigos 33, §§ 2° e 3º, e 59, caput, ambos do Código Penal, anoto ser o caso de manutenção do regime inicial fechado, não somente por se tratar de crime equiparado a hediondo, que, por força constitucional (CF, art 5º, inciso XLIII), merece tratamento mais rigoroso,* ***mas também pela gravidade concreta do delito, evidenciada pelas circunstâncias de envolvimento dos apelantes com o tráfico de entorpecentes (transporte de entorpecente entre municípios) e pela expressiva quantidade de droga apreendida (06 tabletes de maconha, com peso líquido de 145,74g), demonstrando a intensidade da violação do bem jurídico protegid****o.*

Da leitura, constata-se que o regime prisional não foi estabelecido apenas com base na gravidade abstrata do delito de tráfico de entorpecentes, mas também pela

quantidade de droga apreendida e pela circunstância de o tráfico ter sido praticado entre municípios.

Na espécie, levando em consideração que a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo estanque, ao *quantum* da pena corporal decretada, o TJSP fundamentou-se na quantidade de entorpecente objeto de apreensão (**145,74g** dividido em 6 tabletes) e no fato de o entorpecente ter sido transportado entre Municípios, consoante entendimento preconizado por esta Corte Superior, estabelecer o regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 2º, *a*, do CP, conjugado à prevalente exegese do art. 42 da Lei n. 11.343/2006 (destaques acrescidos).

Nesse sentido:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. ATIVIDADE CRIMINOSA CONFIGURADA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE.* ***REGIME FECHADO PARA INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO NÃO CONFIGURADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE****. PENA FIXADA EM 5 ANOS DE RECLUSÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
> *[…]*
> *VI - Presentes circunstâncias desfavoráveis ao paciente […], inclusive a natureza e a quantidade da droga,* ***inviável a fixação do regime intermediário unicamente em razão do montante de pena imposto à paciente, ex vi dos arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei n. 11.343/2006****.*
> *[…]*
> *(HC 400.652/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 29/08/2017 - grifou-se)*
>
> *PENAL. TRÁFICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. IMPOSIÇÃO DE 1/6. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA E REGIME MAIS BRANDO QUE O FECHADO. QUANTIDADE DE DROGA. IMPOSSIBILIDADE.*
> *[…]*
> *3. Na espécie, contudo,* ***a fixação de pena-base acima do mínimo legal e a quantidade da droga são motivos suficientes para manter o regime fechado, ainda que a pena seja inferior a oito anos****.*
> *4. Mantida a pena em cinco anos, impossível a substituição pretendida, porque não atende ao requisitos temporal do art. 44 do Código Penal.*
> *5. Ordem denegada.*
> *(HC 192.576/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 25/06/2012 - grifou-se)*

Diante do exposto, **em juízo de retratação, dou provimento** ao agravo regimental, nos termos do art. 258, § 3º, do RISTJ, para **reconsiderar** a decisão de

e-STJ fls. 106-114, e não conhecer do *writ*, ante a inexistência de constrangimento ilegal na fixação do regime inicial fechado como consignado pelas Instâncias ordinárias.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 17 de junho de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator