HABEAS CORPUS Nº 513.223 - RJ (2019/0157428-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO MARILIA DE ABREU QUARESMA LEITAO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	:	VAGNER BARROS COUTINHO DA COSTA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de VAGNER BARROS COUTINHO DA COSTA no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação n. 0016426-86.2017.8.19.0002, de relatoria do Desembargador Antônio José Carvalho).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 816 dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 35, *caput*, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista que se juntou ao adolescente R.A.T., bem como a outros indivíduos não identificados, de forma estável e permanente como integrante da facção criminosa autodeterminada Comando Vermelho, com vistas à traficância (e-STJ fls. 21/33).

Interposta apelação, os desembargadores da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça negaram provimento ao recurso defensivo (e-STJ fls. 55/71).

Recebeu o acórdão esta ementa (e-STJ fls. 55/56):

> *CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, COM INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DE ENVOLVIMENTO DE MENOR – CONDENAÇÃO À PENA DE 03 (TRÊS) ANOS E 06 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO E 816 (OITOCENTOS E DEZESSEIS) DIAS-MULTA - PRELIMINAR DEFENSIVA DE CONCESSÃO DE INDULTO, DO DECRETO Nº 9.246/17, COM A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO APELANTE – PRELIMINAR QUE SE REJEITA - REFERIDO DECRETO QUE SE ENCONTRA COM EFICÁCIA SUSPENSA - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.874/DISTRITO FEDERAL – PLEITO LIMINAR DE CONCESSÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE QUE NÃO MERECE AGASALHO – APELANTE QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA*

> *INSTRUÇÃO CRIMINAL – NO MÉRITO, PRETENSÃO DEFENSIVA ABSOLUTÓRIA, SOB ALEGAÇÃO DE CARÊNCIA NO CONJUNTO PROBATÓRIO A ENSEJAR A CONDENAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - MATERIALIDADE, AUTORIA E CULPABILIDADE DO AGENTE CRIMINOSO COMPROVADAS – CONFISSÃO - APELANTE QUE EXERCIA A FUNÇÃO DE "RADINHO", ASSOCIADO A TRAFICANTES DE DROGAS DA FACÇÃO "COMANDO VERMELHO", QUE FOI PRESO EM FLAGRANTE QUANDO EXECUTAVA O SEU CRIMINOSO MISTÉR, SENDO O ADOLESCENTE ENVOLVIDO APREENDIDO NESSE CONTEXTO, NA POSSE DE UMA MOCHILA CONTENDO FARTA QUANTIDADE DE DROGAS – DEPOIMENTOS DE POLICIAIS SEGUROS E HARMÔNICOS – VALIDADE – SÚMULA Nº 70 DO TJERJ – CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO – DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO PENAL DO ART. 37 DA LEI DE DROGAS – IMPOSSIBILIDADE – PROVA INEQUÍVOCA DE QUE O APELANTE AGIA ASSOCIADO COM OUTROS TRAFICANTES PERTENCENTES À FACÇÃO DOMINANTE NA LOCALIDADE – DIVERSAS FUNÇÕES NAS ASSOCIAÇÕES PARA FINS DE TRAFICÂNCIA QUE SÃO CONSIDERADAS COAUTORIAS DO DELITO DO ART. 33 OU DO ART. 35 DA LEI 11.343/06 - COMPROVADO QUE O APELANTE INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, IMPOSSÍVEL A APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS, ASSIM COMO A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS QUE SE MOSTRA INSUFICIENTE PARA REPRESSÃO E PREVENÇÃO DE DELITOS DESTA NATUREZA - DOSIMETRIA DAS PENAS QUE NÃO MERE CE REPARO – PRELIMINAR RECHAÇADA - RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ fls. 48/54).

Neste *writ*, a Defensoria Pública aponta constrangimento ilegal decorrente da imposição do regime inicialmente fechado para cumprimento da pena.

Sustenta que o regime prisional mais gravoso foi fixado com fulcro, somente, na gravidade abstrata do delito, não se observando as circunstâncias judiciais favoráveis ao acusado, a quantidade da sanção definitivamente aplicada nem mesmo o disposto no art. 33, § 2º, *c*, do Código Penal.

Invoca, ainda, as Súmulas n. 719 do STF e 440 do STJ.

Dessa forma, requer, liminarmente, o abrandamento do regime prisional. No mérito, postula a confirmação da liminar (e-STJ fls. 3/10).

O pedido liminar foi deferido para que o paciente pudesse aguardar no regime aberto o julgamento deste *habeas corpus* (e-STJ fls. 74/76).

Os autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal, que se manifestou pela denegação da ordem (e-STJ fls. 82/83).

É, em síntese, o relatório.

Objetiva a defesa, na presente impetração, o abrandamento do regime prisional sob o argumento de que o regime mais gravoso foi estabelecido, apenas, com base na gravidade abstrata do crime.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, por ofender a garantia constitucional de individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal). Afastou, dessa forma, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e dos demais delitos a eles equiparados.

Na espécie, o Tribunal local assim se manifestou (e-STJ fl. 70):

> *Mantenho o regime fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, utilizando os mesmos fundamentos da sentença, quais sejam:*
>
> > *(...) na forma do artigo 33, parágrafo 3°, do CP, uma vez que o crime de associação para o tráfico não se coaduna com regime menos gravoso, sendo que a vinculação do réu à facção criminosa comando vermelho indica que outro regime poderá antecipar seu retorno à prática da associação criminosa voltado ao tráfico de drogas, o que se deve evitar.*

Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte Superior, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que aquele que permite a pena aplicada, quando forem apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito, o que não ocorreu na espécie.

No mesmo sentido:

> *PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PENA INFERIOR À 4 (QUATRO) ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. ENUNCIADOS 440 DO STJ E 718 E 719 DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> [...]
>
> *2. Conforme o entendimento reiterado desta Corte, a gravidade abstrata acerca do crime, não justifica à fixação de regime prisional mais gravoso, sobretudo quando o condenado é primário e detentor de bons antecedentes e a pena-base foi fixada no mínimo legal, como na hipótese. Viola o entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça e nas Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.*
>
> *3.* ***O quantum da condenação (3 anos e 6 meses), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea "c", do CP.***
>
> *4. Havendo o paciente preenchido os requisitos do art. 44 do Código Penal, deve a pena corporal ser substituída por penas restritivas de direitos.*
>
> *5. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo competente* (HC 327.852/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 09/12/2015, grifei).

> *PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT.* [...] *IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. RÉU PRIMÁRIO, PENA-BASE REDUZIDA AO MÍNIMO HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> [...]

> *6. **Do mesmo modo, a gravidade abstrata, fatores comuns ao delito ou meras conjecturas não constituem motivação apta à consideração negativa das circunstâncias e conseqüências do crime.***
>
> *7. Tratando-se de réu primário, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, o estabelecimento do regime mais gravoso, sem qualquer fundamento concreto, contraria o disposto nas Súmulas 440/STJ, 718 e 719/STF.*
>
> [...]
>
> *9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas a 2 anos de reclusão, em regime aberto, e 10 dias-multa, substituindo a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo juízo das execuções* (HC 95.802/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 28/05/2015, grifei).

Como se depreende das transcrições acima, as instâncias originárias estabeleceram o regime prisional inicialmente fechado com alicerce, apenas, na gravidade abstrata do delito, o que vai de encontro ao teor dos enunciados das Súmulas n. 718 e 719 do STF e 440 do STJ, que assim dispõem:

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

Sob tal perspectiva, diante dos parâmetros acima aludidos e considerada a quantidade de pena aplicada – 3 anos e 6 meses de reclusão –, ressaltando-se que a pena-base foi fixada na fração mínima legal por serem favoráveis ao acusado as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, impõe-se a fixação do regime inicialmente aberto para cumprimento da reprimenda.

Ante o exposto, **concedo a ordem de *habeas corpus* a fim de fixar o regime inicialmente aberto para o cumprimento da pena, ratificando a liminar.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 14 de junho de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator