

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 534.439 - SP (2019/0281207-6)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : PAULO ROGERIO COMPIAN CARVALHO
ADVOGADO : PAULO ROGÉRIO COMPIAN CARVALHO - SP217672
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEX RUBIO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **ALEX RUBIO**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado à pena privativa de liberdade de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, por infração ao art. 33, *caput*, c/c o art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006.

O Tribunal de origem negou provimento à apelação da defesa e determinou a imediata expedição de mandado de prisão, para início de cumprimento da pena.

Neste *writ*, o impetrante sustenta manifesto constrangimento ilegal, diante da imposição do modo mais grave de cumprimento de pena, sem a indicação de fundamentação bastante e válida. Ressalta contrariedade às Súmulas 718 e 719 do STF e 440 desta Corte.

Requer, assim, a definição de regime mais brando.

Liminar indeferida.

O MPF manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

Decido.

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.

No caso, tem-se como manifesto o constrangimento ilegal imposto ao paciente, a autorizar a concessão da ordem, de ofício.

A obrigatoriedade do cumprimento inicial em regime fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

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

In casu, o Tribunal de origem manteve o regime inicial fechado para o

Superior Tribunal de Justiça

resgate da pena corporal, levando-se em conta a gravidade abstrata do delito, em manifesto confronto com a Súmula 440 desta Corte.

Dessa forma, aplicada a pena final em patamar inferior a 8 anos, sendo primário o réu e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o adequado para prevenção e reparação do delito, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, "b", do Código Penal.

A propósito:

"[...] 3. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo, de acordo com o disposto no enunciado n. 440 da Súmula desta Corte e os enunciados ns. 718 e 719 das Súmulas do Supremo Tribunal Federal - STF.

4. Sedimentou-se, ainda, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º, do Código Penal em conjunto com o art. 42 da Lei 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

In casu, resta evidenciado o constrangimento ilegal na imposição do regime fechado pelas instâncias ordinárias, pois, a fixação foi em razão da hediondez e da gravidade abstrata do delito, o que vai de encontro com a jurisprudência desta Corte Superior, mormente se considerarmos que a quantidade de droga apreendida não foi elevada (uma porção de maconha com peso de 39,16g). Dessa forma, considerando, ainda, que o paciente é primário, bem como o quantum de pena aplicado (5 anos de reclusão), correta a fixação do regime semiaberto, de acordo com o disposto no art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

[...]

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para cumprimento inicial da pena do paciente."

(HC 512.197/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 06/08/2019, DJe 19/08/2019)

"[...] IV - No que tange ao regime inicial de cumprimento de pena, cumpre registrar que o Plenário do 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, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo. V - No presente julgado, o Tribunal de origem não apresentou nenhum fundamento concreto para o agravamento do regime, a não ser a gravidade abstrata do delito, em clara violação ao entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula n. 440 desta Corte Superior.

VI - Considerando a primariedade do paciente e o quantum de pena estabelecido, forçoso concluir que faz jus ao regime semiaberto, para início de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, § 2º, alínea b, e § 3º,

Superior Tribunal de Justiça

do Estatuto Penal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena da paciente, mantidos os demais termos da condenação."

(HC 510.608/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 01/07/2019)

"[...] 3. A fundamentação para a fixação do regime fechado é inidônea, uma vez que pautada na gravidade abstrata do delito, o que viola, inclusive, os Enunciados Sumulares n.os 718 e 179 do STF e 440 do STJ. Considerando a quantidade de pena aplicada (5 anos e 10 meses de reclusão), as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade do Paciente, o regime adequado a ser aplicado é o semiaberto, conforme o disposto no art. 33, § 2.º, alínea b, do CP.

4. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida apenas para fixar o regime inicial semiaberto."

(HC 474.680/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/05/2019, DJe 03/06/2019)

Diante do exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, a fim de estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 08 de outubro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator