

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 533.031 - SP (2019/0273447-4)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PAULA ALBERNAZ RODRIGUES DA CRUZ
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCAS AUGUSTO RIBEIRO DE JESUS
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de LUCAS AUGUSTO RIBEIRO DE JESUS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal n. 1504343-33.2018.8.26.0228.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e a 160 (cento e sessenta) dias-multa, como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

No julgamento da apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa, mantendo incólume a sentença condenatória.

Nesta via, sustenta a impetrante que, devido a aplicação da causa de diminuição especial do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas em seu grau máximo, o apenado faz jus ao regime inicial aberto de cumprimento de pena.

Alega, ainda, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados por crime de tráfico, haja vista a edição da Resolução n. 05/2012 do Senado Federal, a qual suspendeu a expressão que vedava a referida benesse, e o preenchimento dos requisitos dispostos no art. 44 do Código Penal.

Requer a concessão da ordem constitucional para alterar o regime inicial de cumprimento de pena para o aberto e substituir a reprimenda corporal por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida às fls. 35-36

Informações prestadas às fls. 42-56.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 58-60, pela concessão parcial da ordem, apenas para que seja fixado o regime semiaberto.

É o relatório.

Cumpre pontuar que esta Corte Superior de Justiça não mais admite a utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso cabível, como ocorre na hipótese, circunstância que impede o seu formal conhecimento.

Entretanto, deve-se verificar se o caso revela constrangimento ilegal flagrante, circunstância que exige a atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal. Passa-se a análise do constrangimento ilegal alegado.

Com efeito, verifica-se que o Juízo primevo fixou o regime inicial fechado, sob a seguinte fundamentação (e-STJ fl. 20):

"O regime inicial de cumprimento de pena será o fechado diante das circunstâncias concretas do delito, havendo

Superior Tribunal de Justiça

posse de drogas de alto poder viciante e vulnerante, bem como de dinheiro, a indicar efetiva vulneração da saúde pública."

A Corte *a quo*, por sua vez, assentou (e-STJ fl. 28):

"Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, mantém-se o fechado, já que a prática criminosa, perpetrada pelo apelante, além de atingir o bem jurídico tutelado pelo legislador, contribui para a prática de inúmeros outros ilícitos penais, tão ou mais graves que o agora imputado, como é notório. Aliás, o tráfico permite que marginais dados à prática de crimes contra o patrimônio, pelo uso de drogas ilícitas, adquiram "coragem" para as empreitadas criminosas. Também o espúrio comércio faz campear a corrupção de agentes públicos, para permitir a continuidade dessas práticas delituosas. Não há como olvidar, ainda, das consequências dessa danosa conduta, a formar multidões de dependentes de drogas ilícitas, que causam a desagregação familiar. Igualmente como consequência do tráfico, tem-se a queda da produtividade do cidadão e a dependência do sistema público de saúde, já tão deficiente. E ninguém deve almejar um planeta de viciados. Frise-se que a sanção no mínimo legal não garante ao apelante o direito a regime menos gravoso, principalmente se considerarmos que a imposição de regime mais brando acabaria gerando um incentivo à prática do comércio ilegal, causando à sociedade a sensação de impunidade daqueles que do tráfico fazem meio de vida. Por todos esses motivos, inviável a alteração de regime."

Dos trechos acima transcritos, observa-se que a fixação do regime inicial fechado considerou a gravidade em abstrato do delito, fundamento que, nos termos do reiterado entendimento adotado por este Sodalício, é insuficiente à determinação de sistema prisional mais gravoso.

Contudo, afastado o fundamento em que o Tribunal de origem se embasou para fixar o regime inicial, nota-se que o recrudescimento do modo prisional deve persistir, dada a presença de circunstância judicial desfavorável, em razão da quantidade e da natureza das drogas apreendidas (e-STJ fl. 19).

Ademais, cumpre ressaltar que a remansosa jurisprudência deste Tribunal consolidou-se no sentido de que a escolha do sistema prisional não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* de sanção firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.

Nesse diapasão, têm-se:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE DROGAS

(3.111,9 G DE COCAÍNA). VIOLAÇÃO DOS ARTS. 33, § 2º, B; 59; E 68, TODOS DO CP. PLEITOS DE REDUÇÃO DA PENA-BASE E DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. EXPRESSIVA QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. ESCORREITA APLICAÇÃO DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. PRESERVAÇÃO DA PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL E MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO QUE SE IMPÕE.

[...]

4. A quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas relacionadas ao tráfico ilícito de entorpecentes. [...] não se pode olvidar a existência de circunstância desfavorável (quantidade e diversidade das drogas apreendidas) que foi considerada na dosimetria da pena, na primeira fase, para fixar a pena-base acima do mínimo legal. Assim, inviável a fixação do regime intermediário unicamente em razão do montante de pena imposto ao paciente, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/2006 (HC n. 475.360/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 3/12/2018).

5. Validada a negatização dos referidos vetores judiciais - quantidade e natureza da droga apreendida -, e, conseqüentemente, estando a pena-base, de forma escorreita, disposta acima do mínimo legal, idônea a exasperação do regime prisional do agravante, notadamente com suporte no art. 33, § 3º, do Código Penal.

6. O art. 33, § 3º, do CP dispõe que a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código". Assim, conquanto a pena tenha sido fixada em 4 anos de reclusão, revela-se correta a fixação do regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do CP, tendo em vista o registro de circunstância judicial negativa (maus antecedentes) na primeira fase da dosimetria (AgRg no AREsp n. 684.527/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 20/6/2018).

7. Ainda que a quantidade de pena fixada recomende o arbitramento de regime prisional mais brando, o respectivo recrudesimento se mostra adequado, nos termos do art. 33, § 3º, do CP, se estabelecido com fundamento nas circunstâncias judiciais desfavoráveis extraídas dos autos (AgRg no AREsp n. 763.859/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 28/8/2017).

8. Agravo regimental improvido.

(AgInt no REsp 1775300/RR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 12/03/2019)"

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ARTS. 59 DO CP E 42 DA LEI DE DROGAS. PENA-BASE. ELEVAÇÃO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. POSSIBILIDADE.

[...]

4. Embora a quantidade de entorpecentes apreendidos já tenha sido utilizada na primeira fase da dosimetria penal, para exasperar a pena-base, nada impede que tal circunstância seja novamente considerada na terceira etapa, para aferir a traficância habitual e,

Superior Tribunal de Justiça

consequentemente, obstar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE DE PENA.

IDONEIDADE. SUBSTITUIÇÃO. DETRAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Consideradas as circunstâncias judiciais desfavoráveis, foi fixada a reprimenda em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, mostrando-se adequado o estabelecimento do regime fechado, nos termos do art. 33, § 2º, alínea b, e § 3º, do Código Penal.

2. Não há falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista o não preenchimento do requisito objetivo previsto no art. 44 do Código Penal.

3. O pedido de detração não foi objeto de debate pelo Tribunal estadual no aresto objurgado, circunstância que inviabiliza a sua análise direta por este Sodalício, sob pena de atuar em indevida supressão de instância.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 499.936/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 01/07/2019)

Por outro lado, considerando o *quantum* final da pena aplicada, forçoso reconhecer que, na hipótese, o regime prisional adequado para o resgate inicial da reprimenda é o semiaberto, haja vista que a manutenção do modo fechado implicaria duplo agravamento na situação prisional do apenado, conforme disposto no art. 33 do Código Penal.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO TENTADO (ART. 157, CAPUT, C.C. COM O ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). DOSIMETRIA. PENA-BASE. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. INADEQUAÇÃO DA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. AÇÕES PENAIIS DEFINITIVAS. MOTIVOS DO CRIME. LUCRO FÁCIL. SOPESAMENTO PARA A ELEVAÇÃO DA REPRIMENDA BÁSICA. IMPOSSIBILIDADE. ELEMENTOS GENÉRICOS E INERENTES AO TIPO PENAL. ILEGALIDADE CARACTERIZADA. RECURSO IMPROVIDO.

[...]

6. Dessa forma, justamente porque verificada a inadequação da análise das circunstâncias judiciais referentes à personalidade, conduta social do agente e motivos do crime, merece o acórdão impugnado ser reformado nesse ponto, para reduzir a pena-base. REGIME INICIAL. EXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE.

1. Estabelecida a pena do agravado em patamar inferior a 4 anos de reclusão e diante da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, proporcional o estabelecimento do regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda, a fim de evitar o

Superior Tribunal de Justiça

duplo agravamento da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, letra b e § 3º, do Código Penal.

2. Agravamento regimental a que se nega provimento, concedendo-se, contudo, habeas corpus de ofício, a fim de estabelecer o regime inicial semiaberto.

(AgRg no AgRg no AREsp 719.844/PA, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 23/03/2018)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. REGIME PRISIONAL DUPLAMENTE MAIS GRAVOSO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA TOTAL INFERIOR A QUATRO ANOS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. DIREITO AO SEMIABERTO. PROPORCIONALIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Consoante determinam os arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59 do Código Penal, o regime prisional será estabelecido com observância do quantum de pena aplicada, da primariedade e da análise das circunstâncias judiciais, em respeito ao princípio da individualização da pena, considerando, ainda, que tal regime "seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime".

2. No caso, o regime fechado foi fixado com base em fundamento concreto, suficiente, contudo, na esteira da jurisprudência desta Corte, apenas para justificar o regime intermediário, sob pena de malferimento do princípio da proporcionalidade, principalmente se consideradas a primariedade do réu, a fixação da pena-base no mínimo legal e a aplicação da pena total em patamar inferior a 4 (quatro) anos. Precedentes.

3. Agravamento regimental desprovido.

(AgRg no HC 205.907/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017)

Finalmente, não há que se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista que as circunstâncias do delito evidenciam que, in casu, a negativa da permuta encontra-se justificada, pois a conversão da sanção reclusiva realmente não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito noticiado.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece do writ, concedendo-se a ordem, de ofício**, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, a fim de fixar o regime prisional **semiaberto** para início do cumprimento da pena, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 09 de outubro de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator