

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 538.615 - SP (2019/0303840-5)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
MARCO CHRISTIANO CHIBEBE WALLER - SP282172
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS VINICIUS ALVES DOS SANTOS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **MARCOS VINICIUS ALVES DOS SANTOS** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Irresignada, a defesa apelou à Corte local, que negou provimento ao recurso. Eis a ementa do julgado:

"Apelação. Tráfico de drogas. Recurso defensivo postulando a absolvição por insuficiência probatória. Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Existência de amplo conjunto probatório, suficiente para embasar a condenação, nos moldes em que proferida. Significativa quantidade de droga apreendida, denotando que o acusado se dedicava a essa atividade criminosa. Não aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. *Quantum* da sanção reclusiva que impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Penas e regime inicial fechado mantidos. Recurso não provido." (e-STJ, fl. 50)

Neste *writ*, a impetrante sustenta manifesto constrangimento ilegal, consistente: a) na ausência de reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, sob o argumento genérico de que o paciente se dedicava à atividade criminosa. Afirma que o paciente preenche os requisitos legais para fazer jus à aplicação da redutora, inexistindo nos autos qualquer comprovação de que ele faz parte de alguma organização criminosa; b) na fixação do regime inicial fechado sem que tenham sido apontadas as circunstâncias e fatos concretos que indicassem a necessidade de imposição do regime mais gravoso. Aduz que o paciente é primário e portador de bons antecedentes e que as circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, de modo que se mostra cabível o regime inicial aberto, bem como a concessão de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requer, liminarmente, a concessão da ordem para que o paciente aguarde o julgamento do presente *writ* no regime aberto.

É o relatório.

Decido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no

Superior Tribunal de Justiça

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 parcial da ordem, de ofício.

Com efeito, o regime inicial fechado foi fixado nos seguintes termos na sentença e no acórdão recorrido, respectivamente:

"A pena privativa de liberdade aplicada será cumprida inicialmente em regime FECHADO, a teor do disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, com a nova redação que lhe deu a Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, bem como pelo disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal, em razão das circunstâncias particulares do caso em concreto, demonstrando que a fixação de qualquer outro regime seria insuficiente para prevenir e reprimir a conduta praticada. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por não se mostrar socialmente recomendável e suficiente a substituição. No tocante à fixação do regime fechado para início de cumprimento da pena, vem a calhar o v. acórdão da lavra do eminente Desembargador Euvaldo Chaib da Colenda 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido na Apelação nº 0004257-37.2013.8.26.0156, *in verbis*: 'Consoante orientação do Superior Tribunal de Justiça, a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido, bem como as circunstâncias da ocorrência, podem recomendar estabelecimento prisional fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do artigo 33, §§2º e 3º, do Código Penal (*HABEAS CORPUS* nº 189.960/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 16.08.2012).'" (e-STJ, fl. 22)

"Fica mantida, outrossim, a fixação do regime inicial fechado, sendo imperioso observar que as circunstâncias do caso concreto, bem esclarecidas nos autos, não recomendam a fixação de regime prisional menos rigoroso, que, efetivamente, não seria suficiente para a reprovação e prevenção do grave e hediondo crime praticado pela ré (art. 33, § 3º, do CP). A propósito, o C. Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que: '(...) A verificação do regime inicial de cumprimento da pena e a possibilidade de substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos demandam a verificação da quantidade e natureza da droga apreendida em poder do acusado (art. 42 da Lei n. 11.343/2006)' (HC nº 193.057/SP, Relator o eminente Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe de 29/9/2011). E nem se alegue ofensa às Súmulas 718 e 719 do STF e 440 do STJ, pois os fatos concretos e as circunstâncias aferidas, ambos extraídos dos autos, demonstram não ser recomendável a adoção de regime prisional mais brando no caso dos autos." (e-STJ, fl. 58)

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

Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à

Superior Tribunal de Justiça

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

In casu, o regime mais gravoso (fechado) foi imposto com base em mera fundamentação *ope legis*, decorrente de norma já declarada inconstitucional, o que não é admissível segundo reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp 1.434.726/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015; AgRg no REsp 1.523.103/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 3/8/2015).

Dessa forma, estabelecida a pena final em patamar inferior a 5 anos de reclusão, verificada a primariedade do agente e a análise favorável das circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva, de acordo com o disposto no art. 33, § 2º, alínea "b", do CP, sobretudo quando não significativa a quantia de entorpecente apreendido (5,1g de cocaína).

No mesmo sentido:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO E NÃO EXCEDENTE A OITO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. MODO INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. Fixada a pena definitiva em 5 anos de reclusão, sendo primário o réu e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o adequado e suficiente para o cumprimento da pena privativa de liberdade, a teor do contido no art. 33, § 2º, 'b', e § 3º, do Código Penal.

[...]

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto."

(HC 438.413/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 01/08/2018)

Ante o exposto, concedo a medida liminar requerida para determinar que o paciente aguarde o julgamento do presente *habeas corpus* em regime semiaberto.

Devidamente instruídos, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal para parecer.

Após, tornem-se conclusos.

Publique-se. Intimem-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 08 de outubro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator

