

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 525.075 - SP (2019/0228284-0)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : BRUNO BORTOLUCCI BAGHIM - SP258060
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CAIQUE RICARDO SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de CAIQUE RICARDO SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0005826-52.2017.8.26.0344.

Depreende-se dos autos que o paciente foi absolvido das imputações que lhe foram feitas, com fulcro no artigo 386, incisos VII, do Código de Processo Penal.

Irresignado, o Ministério Público interpôs apelação perante a Corte *a quo*, a qual acolheu o apelo ministerial, para condenar o réu à pena de 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 388 (trezentos e oitenta e oito) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Nesta via, sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, porquanto o regime inicial fechado foi indevidamente fixado, com base na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em descompasso com o disposto no Enunciado Sumular n. 440 desta Corte Superior de Justiça.

Defende o abrandamento do regime inicial, nos termos do art. 33 do CP, levando em consideração as circunstâncias favoráveis, a primariedade do paciente e a quantidade da pena aplicada.

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 que seja mitigado o regime prisional e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi deferida às fls. 39-40, para permitir que o paciente aguarde o julgamento do mérito da impetração no regime aberto.

Informações prestadas às fls. 50-64 e 67-72.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 74-78, pelo não conhecimento do *habeas corpus*, mas pela concessão da ordem de ofício.

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.

Superior Tribunal de Justiça

Com efeito, verifica-se que o Colegiado fixou o regime inicial fechado, sob a seguinte fundamentação (e-STJ fl. 33):

"Quanto a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, entendo que o crime de tráfico de drogas é delito etiquetado como hediondo, demandando maior repressão e reprovação, tratando-se de verdadeiro flagelo da sociedade moderna, razão pela qual fixo o regime fechado."

In casu, verifica-se que, de fato, não foram apresentados fundamentos jurídicos idôneos capazes de sustentar o agravamento do regime. Observa-se que o regime inicial fechado foi fixado apenas com base na hediondez e na gravidade em abstrato do delito, adotando-se elementos próprios do crime de tráfico, o que, nos termos do reiterado entendimento adotado por este Sodalício, é insuficiente à determinação do sistema prisional mais gravoso, sobretudo quando a pena-base não ultrapassa o mínimo legal, como no caso dos autos (e-STJ fl. 32).

A matéria, aliás, está sumulada no âmbito desta Corte, no enunciado n. 440, a saber:

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.

O Supremo Tribunal Federal também possui orientação firmada acerca do tema, cristalizada nos verbetes ns. 718 e 719, respectivamente:

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.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Nesse norte, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS NA FORMA PRIVILEGIADA. PENA DEFINITIVA DE 1 ANO E 8 MESES DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL. GRAVIDADE ABSTRATA E HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, ALÍNEA "C", e § 3º, DO CÓDIGO PENAL - CP C/C O ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE

Superior Tribunal de Justiça

OFÍCIO.

[...]

2. o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Por outro lado, esta Corte Superior, por ocasião do julgamento da Pet n. 11.796/DF, de relatoria da em. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, afetado ao rito dos recursos repetitivos, consignou o entendimento de que o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, com o consequente cancelamento do enunciado n. 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça (Pet 11.796/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 29/11/2016).

3. Sedimentou-se, ainda, nesta Corte Superior, 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. No caso dos autos, encontra-se evidenciado o constrangimento ilegal, na imposição do regime fechado pelo Tribunal Estadual, 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 em razão de as circunstâncias judiciais serem favoráveis, a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, tendo sido reduzida inclusive com o patamar máximo do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, a pena aplicada ser inferior a 4 anos (1 ano e 8 meses de reclusão), e a quantidade e a natureza da droga apreendida não serem expressivos, o regime a ser imposto deve ser o aberto, de acordo com o disposto no art. 33, §§ 2º, c, e 3º, do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

4. No julgamento do HC n. 97.256/RS da Suprema Corte, foi reconhecida a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012, passando a admitir o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do CP. Na hipótese, observo que o paciente preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, na medida em que não é reincidente em crime doloso e as circunstâncias judiciais o favorecem.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer o regime prisional aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por prestação pecuniária, no importe de 1 salário-mínimo destinado ao "Fundo Municipal da Infância e Juventude", como estabelecido na sentença.

(HC 497.365/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 11/04/2019, DJe 29/04/2019)

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO.

Superior Tribunal de Justiça

PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA (8,57 G DE CRACK). QUANTUM INFERIOR A 4 ANOS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

1. Segundo a pacífica jurisprudência desta Corte, mostra-se inadmissível a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que aquele previsto para a sanção corporal aplicada apenas com fundamento na gravidade abstrata do delito (Súmula 440/STJ) e na sua hediondez.

2. Considerando a fixação da pena-base no mínimo legal, o reconhecimento do tráfico privilegiado - o que torna a reprimenda definitiva imposta em 1 ano e 8 meses de reclusão -, a quantidade não expressiva da droga (8,57 g de crack - fl. 13) e a ausência de fundamentação para a imposição de regime inicial mais rigoroso, verifica-se que o sentenciado faz jus a iniciar o cumprimento da reprimenda imposta no regime inicial aberto, nos termos dos arts. 33, § 2º, c, do Código Penal, bem como à substituição da pena carcerária por restritivas de direitos.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 458.892/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 17/09/2018)

Assim, fixada a reprimenda em patamar inferior a 4 (quatro) anos e considerando-se a favorabilidade das circunstâncias judiciais, nota-se presente a ilegalidade arguida, mostrando-se viável o estabelecimento do modo aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do CP.

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**, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, apenas para fixar o regime prisional **aberto** para início do cumprimento da pena pelo paciente.

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 09 de outubro de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator