

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 535.233 - SP (2019/0285892-3)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : WILLIAM FERNANDES CHAVES
ADVOGADO : WILLIAM FERNANDES CHAVES - SP236257
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ERICK CRISTIANO DA SILVA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de ERICK CRISTIANO DA SILVA apontando como autoridade coatora a 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação Criminal n. 0099225-57.2011.8.26.0050.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado às penas de 7 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e de 22 (vinte e dois) dias-multa, pela prática dos crimes previstos nos arts. 180, § 1º, do Código Penal e 16, *caput*, da Lei n. 10.826/2003, em concurso material de infrações – e-STJ fls. 30-35.

A apelação interposta foi improvida (e-STJ fls. 36-43).

Aduz o impetrante, em breve síntese, que as condições judiciais previstas no art. 59 do Código Penal são todas favoráveis ao paciente, razão pela qual seria cabível a aplicação de regime prisional aberto.

Sustenta a ausência de fundamentação da decisão que determinou a custódia cautelar do paciente.

Requer a concessão sumária e definitiva do *writ* para que o regime inicial seja mitigado para o aberto.

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 54-55).

As informações foram prestadas às e-STJ fls. 78-132.

Em parecer (e-STJ fls. 134-135), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

É o relatório.

De plano, cumpre ressaltar que, anteriormente ao presente *writ*, foi impetrado o *Habeas Corpus* n. 530.764/SP, em favor do paciente, com o mesmo objeto e pedido, o qual foi julgado em 25.11.2019.

Vale transcrever o inteiro teor da decisão:

Trata-se de habeas corpus com pedido de liminar impetrado em favor de ERICK CRISTIANO DA SILVA contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADO DE SÃO PAULO - Apelação n. 0099225-57.2011.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente foi condenado a pena de 4 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, em razão da prática do crime previsto no art. 180, § 1º, do

Superior Tribunal de Justiça

CP e a 3 anos de reclusão, como incurso no art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03.

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

Nesta via, sustenta o impetrante, em síntese, a ausência de fundamentação suficiente para justificar a imposição de regime prisional fechado para o início do cumprimento da pena, em manifesta violação dos enunciados das Súmulas 718 e 719, ambas do STF, sendo cabível a alteração para o aberto.

Assevera a ilegalidade da prisão do paciente, aduzindo que preenche os requisitos para responder ao processo em liberdade.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja alterado o regime para o aberto.

A liminar foi indeferida às fls. 44-45.

As informações foram prestadas às fls. 74-157.

O MPF, às fls. 161-163, manifestou-se pela concessão do writ.

É o relatório.

Cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

No que tange ao regime inicial, verifica-se que o acórdão recorrido manteve o modo prisional fechado, sob a seguinte fundamentação (e-STJ fl. 39):

"Em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis (fls.

193) e da soma das penas (pelo concurso material), o apelante não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou multa (artigo 44, incisos I e III, do Código Penal), mantido, pelo mesmo motivo o regime inicial fechado."

Superior Tribunal de Justiça

Na presente hipótese, verifica-se que não obstante a pena final cominada seja inferior a 8 anos, a manutenção do modo fechado é medida que se impõe pelo fato de o paciente possuir circunstâncias judiciais desfavoráveis (e-STJ fl. 39), o que impede a fixação do modo semiaberto para o resgate da sanção reclusiva, nos termos do art. 33, § 2º, letra b e § 3º, do Código Penal.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO DESPROVIDO.

I - A parte que se considerar agravada por decisão de relator, à exceção do indeferimento de liminar em procedimento de habeas corpus e recurso ordinário em habeas corpus, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa relativo à matéria penal em geral, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a.

II - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena, quando não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e houver flagrante ilegalidade.

III - Na espécie, ao contrário do que aduz a defesa, houve fundamentação concreta e idônea para o afastamento do tráfico privilegiado, lastreada na quantidade de drogas e diversidade de entorpecentes apreendidos (maconha, cocaína e pedras de crack), elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, pois demonstram que o paciente se dedicava às atividades criminosas.

IV - A natureza e a quantidade de entorpecentes foram utilizadas para a exasperação da pena-base, ao passo em que, além da quantidade, a diversidade das substâncias ilícitas apreendidas (maconha, cocaína e pedras de crack), serviram para afastar o tráfico privilegiado, não configurando, assim, o

Superior Tribunal de Justiça

aventado bis in idem, pois a diversidade das substâncias ilícitas somente foi exarada em uma fase da dosimetria da pena.

V - Qualquer incursão que escape a moldura fática ora apresentada, demandaria inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes deste átrio processual, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária.

VI - 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. Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal.

VII - In casu, o regime adequado à hipótese é o inicial fechado, nos termos do art. 33, parágrafos 2º e 3º, do Código Penal, uma vez que o paciente detém circunstâncias judiciais desfavoráveis. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 528.802/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 20/11/2019)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE E CONDUTA DA AGENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM DE AUMENTO DESPROPORCIONAL. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO EM PARTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente

Superior Tribunal de Justiça

previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

3. Hipótese em que, embora tenham sido apresentados fundamentos válidos para o agravamento das penas básicas - quantidade do entorpecente (548,7g de crack) e a função de gerente da ré no comércio espúrio de drogas -, mostra-se desproporcional o aumento da sanção básica no dobro do mínimo legal, quando favoráveis as demais circunstâncias judiciais, sendo, portanto, suficiente o deslocamento da pena em 3 anos de reclusão, nos termos dos arts. 59 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006.

4. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena de 6 anos de reclusão, em razão da aferição negativa das circunstâncias judiciais, quantia e variedade dos entorpecentes, que justificaram o aumento da pena-base, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

5. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente, pelo delito de tráfico de drogas, para 8 anos de reclusão mais pagamento de 800 dias-multa, mantido o regime prisional fechado.

(HC 529.864/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 25/11/2019)

Por outro lado, verifica-se que o início do cumprimento da reprimenda imposta ao paciente foi determinado pelo

Superior Tribunal de Justiça

Tribunal de origem com fulcro, exclusivamente, no julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 126.292/SP (e-STJ fl. 40).

Contudo, em 7.11.2019, este entendimento foi superado pelo próprio Excelso Pretório no julgamento definitivo das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, em que houve a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal e a fixação do entendimento de que a execução da pena privativa de liberdade só poderá ser iniciada após o trânsito em julgado da condenação.

Impõe-se, portanto, o ajuste do acórdão impugnado ao novo posicionamento firmado pela Corte Suprema.

Confira-se, por oportuno, o seguinte julgado:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. EXECUÇÃO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO MAIS ATUAL DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

(...)

De fato, em julgamento realizado no dia 7/11/2019, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, n. 44 e n. 54, por maioria, decidiu que é constitucional a regra do Código de Processo Penal que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado da condenação) para o início do cumprimento da pena.

Em face do exposto, concedo liminarmente a ordem para assegurar ao paciente o direito de aguardar o trânsito em julgado da condenação em liberdade, salvo prisão por outro motivo, podendo o Magistrado singular, desde que existam elementos concretos para tanto, decretar a prisão preventiva, fundamentadamente"

(HC 545.272/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, julgado em 11/11/2019, DJe 12/11/2019).

Na mesma esteira, colhem-se as decisões proferidas no REsp n. 1.843.197/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, julgado em 12/11/2019, DJe 19/11/2019; HC n. 546.090/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, julgado em 18/11/2019, DJe 19/11/2019; HC n. 545.829/SC, Rel.

Superior Tribunal de Justiça

Ministra Laurita Vaz, julgado em 12/11/2019, DJe 19/11/2019; e HC n. 545.648/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 12/11/2019, DJe 19/11/2019.

*Ante o exposto, com fundamento no artigo 34, inciso XX, do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça, **não se conhece** do presente habeas corpus, **concedendo-se**, contudo, a ordem de ofício, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para garantir ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, salvo prisão por outro motivo.*

Publique-se.

Assim, considerando-se que o presente *habeas corpus* foi aforado perante esta Corte posteriormente ao writ apontado, fica configurada a simples reiteração de pedidos.

Diante de todo o exposto, **julgo prejudicado** o presente *habeas corpus*.

Brasília, 25 de novembro de 2019.

Ministro JORGE MUSSI
Relator