

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 518.890 - SP (2019/0189003-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : RODRIGO DE RAGA CULPO
ADVOGADO : RODRIGO DE RAGA CULPO - SP364823
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RUTH KAYOLAYNEE NERY COSTA (PRESO)
PACIENTE : MATHEUS SILVA SANTOS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de RUTH KAYOLAYNEE NERY COSTA e MATHEUS SILVA SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0000953-66.2018.8.26.0540).

Consta dos autos que os pacientes foram condenados, como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 416 dias-multa (e-STJ fls. 33/35).

Interposta apelação pela defesa, o Tribunal local negou provimento ao recurso, mantendo a condenação nos termos proferidos na sentença (e-STJ fls. 59/62).

No presente *writ* (e-STJ fls. 3/15), o impetrante alega que os pacientes estão sofrendo constrangimento ilegal, em razão da fixação do regime mais gravoso. Argumenta que a escolha do regime fechado foi realizado de forma inidônea, porquanto não foram apontados elementos concretos que pudessem justificar a decisão. Afirmar que, nos termos dos enunciados n. 718 e n. 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, a gravidade abstrata do delito não pode ser utilizada como fundamento para justificar o regime mais gravoso.

Dessa forma, requer, na liminar e no mérito, a fixação do regime inicial semiaberto.

Superior Tribunal de Justiça

O pedido liminar foi indeferido às e-STJ fls. 67/68.

O Ministério Público Federal opinou, às e-STJ fls. 73/74, pela concessão da ordem, na forma da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO. POSSIBILIDADE.

- Pela concessão da ordem para que seja fixado o regime inicial semiaberto.

É o relatório. **Decido.**

Inicialmente, cumpre analisar a adequação da via eleita para a manifestação da irresignação contra o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

No caso, a impetração insurge-se contra acórdão do Tribunal de origem que julgou o apelo defensivo, o que, de acordo com a nossa sistemática recursal, enseja a hipótese do recurso especial.

Dessa forma, o *habeas corpus* em tela não merece conhecimento.

Contudo, a coação ilegal apontada na inicial será analisada, a fim de verificar a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação, de ofício, por este Superior Tribunal de Justiça.

Busca-se, na presente impetração, o reconhecimento da ilegalidade na fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda.

Sabe-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em

Superior Tribunal de Justiça

27/07/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

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.

Nesse mesmo sentido, as Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis*:

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.

No caso, as instâncias locais apresentaram a seguinte fundamentação para fixar o regime inicial mais gravoso (e-STJ fl. 35 - grifei):

[...]

*Registre-se que o plenário do Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 44 da Lei 11.343/06, nas partes em que se vedava a concessão de liberdade provisória (HC n. 104.339, rel. Min. Gilmar Mendes) e a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos (HC n. 97.256, rel. Min. Ayres Britto), bem como do parágrafo 1º do art. 2º da Lei n. 8072/90, que impunha o regime inicial fechado (HC n. 111.849, rel. Min. Dias Toffoli). **Todavia, a gravidade in concreto do delito, considerando a expressiva quantidade de maconha apreendida, indica um grau acentuado de***

Superior Tribunal de Justiça

culpabilidade, de forma que o regime inicial fechado mostra-se necessário para o cumprimento da pena privativa de liberdade (sentença - e-STJ, fl. 35)

Por fim, inacolhíveis os pedidos de abrandamento do regime prisional e de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Com efeito. Os recorrentes traziam com eles, para fins de tráfico, frise-se uma vez mais, quase um quilo de maconha, de sorte que a gravidade concreta do delito, equiparado ao hediondo e que vem causando grande intranquilidade à população ordeira, revela-se totalmente incompatível com regimes mais brandos (acórdão - e-STJ, fls. 61/62).

Diante disso, verifico que a quantidade de droga apreendida - 903 g de maconha - autoriza a fixação de regime prisional mais gravoso, para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei de Drogas.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06). NÃO APLICAÇÃO. — DEDICAÇÃO DOS PACIENTES ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para não aplicar a minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas ao caso concreto, em razão da dedicação dos pacientes à atividade criminosa, evidenciada sobretudo pela quantidade de drogas apreendida - 1.492g de maconha -, alidada às circunstâncias do

Superior Tribunal de Justiça

delito, está em consonância com o entendimento desta Corte Superior de Justiça. Ademais, para se acolher a tese de que os pacientes não se dedicam à atividade criminosa, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em habeas corpus.

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 da Súmula 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.

No caso dos autos, é imperiosa a fixação do regime prisional mais gravoso, pois, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal e o quantum de pena permitam, em tese, o regime intermediário, a elevada quantidade da droga apreendida - quase 1,5kg de maconha -, justifica a fixação do regime fechado, nos termos do art. 33, § 2º, b e § 3º, do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/06.

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 478.221/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 21/2/2019, DJe 6/3/2019) - (grifei)

Ante o exposto, com base no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno do STJ, **não conheço** do presente *habeas corpus*.

Intimem-se.

Brasília/DF, 25 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator