

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 514.580 - SP (2019/0164644-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : FABIO AGUILLERA
ADVOGADO : FABIO AGUILLERA - SP332607
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELLINGTON FONSECA MARCELINO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de WELLINGTON FONSECA MARCELINO, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do HC n. 2089203-75.2019.8.26.0000.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 166 dias-multa, pela prática do crime previsto no **art. 33, caput, § 4º, da Lei n. 11.343/2006**, além de 2 meses de detenção, em regime aberto, por incurso nas sanções do **art. 329, caput, do Código Penal** (e-STJ fls. 31/42).

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* na Corte local, cuja ordem foi denegada (e-STJ fls. 54/58), em acórdão assim ementado:

HABEAS CORPUS – SENTENÇA CONDENATÓRIA – IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO HEROICO COMO SUCEDÂNEO DE APELAÇÃO – DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE – GRAVIDADE EM CONCRETO EVIDENCIADA PELA QUANTIDADE DE DROGAS – LEGITIMIDADE DA IMPOSIÇÃO DO CÁRCERE NA PROLAÇÃO DA R. SENTENÇA CONDENATÓRIA – ORDEM DENEGADA.

No presente *writ* (e-STJ fls. 3/17), o impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois não sanou o ilegal estabelecimento do regime inicial fechado. Para tanto, afirma que o recrudescimento do regime prisional baseou-se na hediondez do delito, fundamento que assere ser inconstitucional, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Também afirma que o paciente é primário, as

Superior Tribunal de Justiça

circunstâncias judiciais lhe são favoráveis e a condenação não excede 4 anos, razão pela qual faz jus ao regime aberto.

Alega, outrossim, que estão presentes os requisitos legais para a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

Diante disso, requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para que a prisão cautelar do paciente seja revogada ou para que seja fixado o regime aberto, com substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

O pedido liminar foi indeferido, às e-STJ fls. 74/76, e as informações foram prestadas às e-STJ fls. 82/84 e 85/104.

O Ministério Público Federal, em parecer exarado às e-STJ fls. 106/108, opinou pelo não conhecimento do *mandamus* e, caso conhecido, pela sua denegação.

É o relatório. **Decido.**

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

Conforme relatado, busca o impetrante, em suma, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da reprimenda do paciente.

Preliminarmente, cabe ressaltar que a dosimetria da pena e o seu regime de cumprimento inserem-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

Em consulta ao sítio eletrônico da Corte estadual constatei que o apelo defensivo foi julgado em 22/10/2019, ocasião em que, por maioria, foi negado provimento ao recurso, em acórdão assim ementado:

Superior Tribunal de Justiça

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIMES DE TRÁFICO DE DROGA E RESISTÊNCIA - SENTENÇA CONDENATÓRIA - DEFESA PLEITEIA A IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO PARA O TRÁFICO, BEM COMO A APLICAÇÃO DE PENAS ALTERNATIVAS OU A CONCESSÃO DO "SURIS" - IMPOSSIBILIDADE - PROVA SUFICIENTE - CONFISSÃO JUDICIAL DO APELANTE AMPARADA NOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS OUVIDOS - CONDENAÇÃO MANTIDA - PENAS INALTERADAS - TRÁFICO DE COCAÍNA, DROGA DE ALTA LETALIDADE - REGIME FECHADO MANTIDO - DESCABIMENTO DE PENAS ALTERNATIVAS E DO "SURIS", BENESSES LEGAIS QUE NÃO REPROVARIAM A CONTENTO O GRAVE CRIME COMETIDO - RECURSO DESPROVIDO.

Com efeito, examinando os autos, infere-se que as instâncias de origem, com base nas circunstâncias judiciais favoráveis ao paciente, fixaram sua pena-base no piso legal, qual seja, 5 anos de reclusão, a qual se manteve inalterada na segunda fase do cálculo dosimétrico. Em seguida, reconhecendo a incidência da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, reduziram a reprimenda na fração máxima, resultando na pena privativa de liberdade de 1 ano e 8 meses de reclusão. Todavia, ao fixar-lhe o regime de cumprimento de pena, asseveraram que:

Considerando as circunstâncias do crime de tráfico de entorpecentes, de extrema gravidade, sendo equiparado ao hediondo, outro regime que não o mais gravoso será ineficaz para iniciar o processo de ressocialização do acusado. Neste diapasão, o único regime que se amolda à ressocialização do réu é, inicialmente, o regime fechado, conforme previsão do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei 8.072/90, introduzido pela Lei 11.464/07 (e-STJ fl. 40, sentença)

Mantém-se o regime inicial mais drástico em relação ao crime de tráfico. Obriga à sua eleição a alta reprovabilidade da conduta, extraída do fato do apelante ter sido pego traficando cocaína, droga de alta letalidade e que causa rápida dependência e efeitos devastadores sobre seus usuários.

Considere-se, além disso, que o tráfico de drogas é conduta das mais deletérias, que atenta contra a saúde e até mesmo a vida

Superior Tribunal de Justiça

de considerável parcela da população, composta basicamente por jovens adolescentes, os quais, uma vez iniciados no vício, raramente dele conseguem se livrar.

Constitui-se também em porta aberta para o cometimento de outros crimes, notadamente voltados contra o patrimônio, sabido que não raro usuário destituído da capacidade econômica subtrai bens alheios para conseguir dinheiro para sustentar o vício. (trechos do acórdão de apelação extraídos do sítio eletrônico do TJ/SP)

Como é cediço, em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistente a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal.

Na espécie, extrai-se das transcrições supra que o regime inicial fechado, mais gravoso do que a pena comporta, foi estabelecido com base na hediondez do crime de tráfico de drogas, em descompasso com a atual orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e da Suprema Corte. Dessa forma, o regime mais severo do que a pena aplicada foi estabelecido sem fundamentação idônea e em desacordo com os enunciados das Súmulas n. 718 e 719, ambas do STF, que seguem transcritos:

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.

Ademais, a aplicação de regime prisional mais severo do que a pena comporta não possui lastro em fundamentação idônea, em evidente afronta ao art. 93, IX, da Constituição da República e à Súmula n. 440/STJ, que segue transcrita: *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,*

Superior Tribunal de Justiça

com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Ressalta-se, ademais, que foram apreendidas 18,020 gramas de cocaína (e-STJ, fl. 31), quantidade de entorpecente que não se apresenta elevada a ponto de justificar a fixação de regime mais gravoso.

Assim, na espécie, tendo em vista a quantidade de pena imposta, a primariedade do paciente e o fato de não haverem sido apontadas circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve ser-lhe conferido o regime aberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º, "c", e 3º, do Código Penal.

No tocante à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, reputo atendidos os requisitos objetivos e subjetivos para a concessão da benesse, nos termos do art. 44, I, II e III, do CP, razão pela qual o paciente também faz jus à referida substituição.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. REGIME ABERTO CABÍVEL. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. De acordo com a Súmula 440/STJ, "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"; e com a Súmula 719/STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

3. Os fundamentos genéricos utilizados no decreto condenatório não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), nos termos da Súmula 440 desta Corte. Tratando-se de réu primário, cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea "b", e 3º, do Código Penal,

deve a reprimenda de 4 anos, decorrente do crime de roubo, ser cumprida, desde logo, em regime aberto.

4. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, confirmando a liminar, para fixar o regime inicial aberto, salvo se, por outro motivo, o paciente não estiver descontando pena em regime mais severo. (HC n. 439.945/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 3/5/2018, DJe 10/5/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO ABSOLUTÓRIO. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA NÃO DEMONSTRADAS PELO ACÓRDÃO ESTADUAL. ILEGALIDADE CONFIGURADA. RECURSO PROVIDO.

[...]

2. Na espécie, as circunstâncias apontadas pelo acórdão recorrido não são suficientes para caracterizar a estabilidade e permanência necessárias à configuração do crime de associação para o tráfico, razão pela qual impossível a condenação pelo delito de associação para o tráfico. Precedentes.

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PRIMARIEDADE. PEQUENA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. NATUREZA DO ENTORPECENTE. APLICAÇÃO NA FRAÇÃO DE 1/2 (METADE).

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

2. In casu, afastada a condenação pelo crime de associação para o tráfico e inexistentes indícios de dedicação da sentenciada a atividades ilícitas, ou de sua participação em organização criminosa, sendo ela primária e de bons antecedentes, e considerando a quantidade não elevada da droga apreendida, mas sem olvidar sua natureza altamente danosa à saúde humana, de rigor a aplicação da benesse, mostrando-se razoável e proporcional ao caso a aplicação da fração redutora de 1/2 (metade).

Superior Tribunal de Justiça

REGIME INICIAL. DESPROPORCIONALIDADE AO QUANTUM FINAL DA PENA. ALTERAÇÃO PARA O MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS.

1. Reduzida a pena privativa de liberdade para patamar inferior a 4 (quatro) anos, ante a favorabilidade das circunstâncias judiciais e a pequena quantidade de entorpecente apreendido, proporcional o estabelecimento do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas, nos termos dos art. 33, § 2º, letra "c", § 3º e 44, ambos do CP.

2. Agravo regimental provido para absolver a agravante pelo delito de associação para o tráfico de entorpecentes e redimensionar sua pena para 2 anos e 6 meses de reclusão e multa, em regime inicial aberto e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a serem designadas pelo Juiz Criminal competente. (AgRg no AREsp n. 1.181.560/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 24/4/2018, DJe 4/5/2018)

Ante o exposto, com fulcro no art. 34, XX, do RISTJ, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem ex officio** para fixar o regime inicial aberto ao paciente, bem como determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a critério do Juízo das Execuções Penais.

Comunique-se com urgência o Tribunal impetrado e o Juízo de primeiro grau.

Intimem-se.

Brasília (DF), 19 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator