HABEAS CORPUS Nº 554.788 - MS (2019/0385327-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	:	FRANCIEL GLEBSON APARECIDO DA SILVA
OUTRO NOME	:	FRACIEL GLEBSON APARECIDO DA SILVA
PACIENTE	:	THIAGO FERREIRA TEIXEIRA
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem pedido de liminar, impetrado em benefício de FRANCIEL GLEBSON APARECIDO DA SILVA e de THIAGO FERREIRA TEIXEIRA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (Apelação n. 0001845-33.2010.8.12.0026).

Infere-se dos autos que os pacientes foram condenados as penas respectivas de 7 anos e 6 meses de reclusão; e 5 anos e 10 meses de reclusão; ambos em regime fechado, pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06).

O Tribunal *a quo* negou provimento à apelação da defesa e conheceu dos embargos de declaração, sem efeitos infringentes.

No presente *writ* a impetrante sustenta, em síntese, que não foi apresentada fundamentação idônea para justificar a fixação do regime inicial fechado aos pacientes. Busca o abrandamento para o semiaberto.

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *mandamus* (fls. 1.386/1.392).

É o relatório.

Decido.

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,

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: B3A7F6C8-E024-4CD4-94B1-24CCAF619544

considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Questiona-se, no presente *writ*, a imposição do regime inicial fechado.

Nesse ponto, afirmou o Tribunal *a quo:*

> *[...]*
>
> ***Na hipótese, é incabível regime mais brando diante das circunstâncias do caso concreto, pois a narcotraficância foi praticada em continuidade delitiva, em diversas oportunidades - datas de 26.05.2010; 27.05.2010; 29.05.2010; 30.05.2010; 01.06.2010 e 02.06.2010 e em coautoria.***
>
> ***Em face da gravidade concreta explícita dos fatos, na forma como foram praticados, sendo objeto de dinâmica atuação policial, com investigação que perdurou considerável período de tempo e constatou a dedicação dos réus à atividade criminosa, é adequado e proporcional o regime mais gravoso.***
>
> *[...]*
>
> *Ademais, impende destacar ainda, que, em que pese todas as circunstâncias judiciais terem sido valoradas como favoráveis aos réus, não sendo objeto de Recurso pelo Ministério Público, possuem outros processos criminais, como constou no Acórdão embargado ao apreciar o pedido da detração penal, sendo inviável o pretenso abrandamento de regime prisional* (1.319/1.320).

Verifica-se dos trechos acima colacionados que, a despeito da fixação das penas finais em patamar inferior a 8 anos de reclusão, a Corte estadual apresentou fundamentação idônea para o agravamento do regime, qual seja, a gravidade concreta do delito, o qual foi praticado mediante concurso de agentes, em continuidade delitiva e por diversas oportunidades.

Nesse sentido:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. AÇÕES PENAIS EM CURSO. ERESP 1.431.091/SP. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTOS IDÔNEOS A AFASTAR O BENEFÍCIO. REGIME FECHADO. ADEQUADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DESCABIMENTO. REPRIMENDA MANTIDA ACIMA DE 4 (QUATRO) ANOS. WRIT NÃO CONHECIDO.*
>
> *I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: B3A7F6C8-E024-4CD4-94B1-24CCAF619544

firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n. 1.431.091/SP, em sessão realizada no dia 14/12/2016, firmou orientação no sentido de que inquérito policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, por indicarem que o agente se dedica a atividades criminosas.

III - Diante da fundamentação oferecida pelo v. acórdão impugnado, não verifico a apontada ilegalidade na fixação do regime inicial fechado, uma vez que há, nos autos, dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime. Não se trata, portanto, de caso em que a simples gravidade abstrata do delito cometido é utilizada como fundamentação para a imposição de regime prisional mais gravoso do que o permitido em razão da sanção aplicada, o que ensejaria violação dos enunciados das Súmulas n. 440/STJ, n. 718/STF e n. 719/STF.

IV - Preservada a reprimenda em patamar superior a 4 anos, é incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, do Código Penal.

Habeas Corpus não conhecido.

(HC 529.059/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2019, DJe 21/10/2019)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

1. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.

2. Na espécie, a anterior condenação do paciente pelo crime de tráfico de drogas, somada ao fato de que comercializava diversas espécies de entorpecentes, justificam a imposição do regime prisional mais severo. Precedentes.

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 395.708/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 30/08/2017)

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: B3A7F6C8-E024-4CD4-94B1-24CCAF619544

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. INVIABILIDADE DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. PENA DE 8 ANOS. GRAVIDADE CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quando as circunstâncias do delito permitem aferir que o agente se dedica a atividades criminosas.

- No caso, extrai-se que o Tribunal a quo formou sua convicção com base nos elementos fáticos constantes dos autos para não aplicar a redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que o paciente se dedicava à atividade criminosa, tendo em vista a variedade de droga apreendida (ecstasy, LSD e maconha), bem como as circunstâncias do delito - a quantia apreendida de R$ 390,00 no seu veículo e, conforme fls. 489, foram encontrados um revolver calibre 38, uma espingarda calibre 12, uma carabina calibre 20, 14 cartuchos calibre 38, 8 cartuchos calibre 12, 4 cartuchos calibre 20 e 3 estojos calibre 20.

- Desconstituir tais assertivas demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do habeas corpus.

- O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, 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.

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

- No presente caso, não há se falar em ilegalidade na fixação do regime fechado, tendo em vista que a pena ficou arbitrada em 8 anos e as instâncias ordinárias fundamentaram concretamente a necessidade de fixar o regime mais gravoso.

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: B3A7F6C8-E024-4CD4-94B1-24CCAF619544

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 378.135/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 24/02/2017)

Ademais, conforme consta da sentença penal condenatória (fls. 1.144 e 1.151), ambos os pacientes tiveram a pena-base elevada pela presença de maus antecedentes, circunstância que, por si só, já justificaria o agravamento do regime.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. ANOTAÇÃO ALCANÇADA PELO PERÍODO DEPURADOR. MAUS ANTECEDENTES CONFIGURADOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE REQUISITOS. REGIME FECHADO. ADEQUADO. MAUS ANTECEDENTES OSTENTADOS PELO PACIENTE (ART. 33, § 2º E § 3º, CP). SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. REPRIMENDA MANTIDA ACIMA DE 4 ANOS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 44, DO CÓDIGO PENAL. WRIT NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício)., II - Decorrido o prazo de 5 (cinco) anos entre a data do cumprimento ou a extinção da pena e a infração posterior, a condenação anterior, embora não prevaleça mais para fins de reincidência, pode ser sopesada a título de maus antecedentes. Precedentes.

III - Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

IV - O regime adequado à hipótese é o inicial fechado, uma vez que houve fundamentação idônea a lastrear a aplicação do regime mais gravoso, em razão dos maus antecedentes do paciente, em consonância com o entendimento desta Corte, ex vi do art. 33, parágrafo 2º, b, e parágrafo 3º, do Código Penal.

V - Mantida a reprimenda do paciente em patamar superior a 4 anos de reclusão, inviável o pleito de substituição da pena,

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: B3A7F6C8-E024-4CD4-94B1-24CCAF619544

por ausência de preenchimento dos requisitos constantes do art. 44, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 528.713/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 22/10/2019, DJe 29/10/2019)

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 02 de abril de 2020.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: B3A7F6C8-E024-4CD4-94B1-24CCAF619544