

11/12/2017

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 148.914 SÃO PAULO

RELATORA : MIN. ROSA WEBER
AGTE.(S) : FLAVIO GUSTAVO SILVA GARCIA
ADV.(A/S) : LUIZ GUSTAVO VICENTE PENNA
AGDO.(A/S) : RELATOR DO HC Nº 396.023 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO ESGOTAMENTO DE JURISDIÇÃO. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL.

1. Há óbice ao conhecimento de *habeas corpus* impetrado contra decisão monocrática, indeferitória de *writ*, do Superior Tribunal de Justiça, cuja jurisdição não se esgotou, ausente o manejo de agravo regimental. Precedentes.

2. Inviável o exame das teses defensivas não analisadas pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

3. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao *quantum* da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do art. 42 da Lei 11.343/2006 e do art. 59 do Código Penal, conforme remissão do artigo 33, § 3º, do referido diploma legal. Precedentes.

4. Agravo regimental conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em conhecer do agravo e negar-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora e por maioria de votos, em sessão virtual da Primeira Turma de 1º a 07 de dezembro de 2017, na conformidade da ata do julgamento. Vencido o Ministro Marco Aurélio.

HC 148914 AGR / SP

Brasília, 11 de dezembro de 2017.

Ministra Rosa Weber

Relatora

11/12/2017

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 148.914 SÃO PAULO

RELATORA : MIN. ROSA WEBER
AGTE.(S) : FLAVIO GUSTAVO SILVA GARCIA
ADV.(A/S) : LUIZ GUSTAVO VICENTE PENNA
AGDO.(A/S) : RELATOR DO HC Nº 396.023 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora): Trata-se de agravo regimental da decisão em que neguei seguimento ao *writ* impetrado contra decisão monocrática da lavra do Ministro Jorge Mussi, que não conheceu do HC 396.023/SP.

Na presente via, a Defesa reitera a possibilidade de fixação do regime inicial semiaberto de cumprimento da pena. Aduz que “*o agravante preenche os requisitos ensejadores para alteração da pena*”, nos termos do art. 44 do Código Penal. Requer o provimento do recurso, para concessão da ordem de *habeas corpus*.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques, opina pelo não provimento do agravo.

É o relatório.

11/12/2017

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 148.914 SÃO PAULO

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber - (Relatora): O presente agravo regimental objetiva rever decisão em que neguei seguimento ao *writ* aos seguintes fundamentos:

“(...)”

O paciente foi condenado à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de tráfico de drogas, tipificado no art. 33 da Lei 11.343/06.

(...)”

No presente writ, o Impetrante argumenta, em síntese, demora no julgamento da apelação criminal, distribuída na Corte Estadual em dezembro de 2016. Defende a falta de fundamentação idônea da fixação do regime inicial de cumprimento da pena e do indeferimento do direito de o paciente recorrer em liberdade. Requer, em medida liminar e no mérito, a concessão da ordem de habeas corpus, para determinar o julgamento imediato do recurso de apelação, a fixação de regime prisional menos gravoso e o direito de o paciente recorrer em liberdade.

É o relatório.

Decido.

Extraio do ato dito coator:

“Trata-se de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de Flávio Gustavo da Silva Garcia, contra decisão do eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, que indeferiu liminarmente o processamento do remédio heroico lá apresentado.

Em suas razões, busca o impetrante o abrandamento do regime inicial de cumprimento da pena, alegando, para tanto o preenchimento dos requisitos subjetivos e objetivos.

(...)”

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a

HC 148914 AGR / SP

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.

Informa os autos que o paciente foi preso em flagrante pela prática, em tese, do crime previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Em 19/10/2016, foi proferida sentença, condenando-o a 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Compulsando os autos, verifica-se que os impetrantes se insurgem contra decisão singular de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, contra a qual seria cabível o agravo regimental, cuja interposição não se tem notícia, o que impossibilita o conhecimento do writ, consoante tem decidido este Superior Tribunal de Justiça:

(...).

Na mesma esteira, colhem-se os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal:

(...).

De mais a mais, extrai-se da decisão condenatória que o regime inicial fechado foi estabelecido em razão da quantidade de droga apreendida em poder dos acusados (cerca de 2kg de maconha), circunstância que, a princípio, não se mostra inidônea para justificar o agravamento do regime inicial.

(...).

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, com fundamento no artigo 34, inciso XX, do RI/STJ, não se conhece do writ.”

Registro a existência de óbice ao conhecimento do presente habeas corpus, uma vez não esgotada a jurisdição do Superior

HC 148914 AGR / SP

Tribunal de Justiça. O ato impugnado é mera decisão monocrática e não o resultado de julgamento colegiado. Deveria a Defesa, pretendendo a reforma da decisão monocrática, ter manejado agravo regimental para que a questão fosse apreciada pelo órgão colegiado (HC 122.275-AgR/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª Turma, DJe 01.7.2014).

Por outro lado, as teses defensivas pertinentes à demora injustificada no julgamento da apelação criminal e do direito de o paciente recorrer em liberdade não foram objeto de apreciação pela Corte Superior, a inviabilizar a análise do writ pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de indevida supressão de instância. Cito, nessa linha, precedentes: HC 134.957-AgR/MG, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 24.02.2017; RHC 136.311/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, DJe 21.02.2017; RHC 133.974/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, DJe 03.3.2017; e HC 136.452-ED/DF, de minha relatoria, 1ª Turma, DJe 10.02.2017.

Quanto ao regime prisional, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, DJe 17.12.2013), declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, com a redação dada pela Lei 11.464/07, que instituiu a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para o cumprimento da pena de crimes hediondos e equiparados.

O julgado não reconheceu direito automático a esse benefício, impondo-se sua apreciação pelo juiz do processo à luz do preenchimento, ou não, dos requisitos legais do art. 33 do Código Penal. Agregue-se o fato de que o benefício não está condicionado ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59 do Código Penal, conforme expressa remissão do art. 33, § 3º, do Estatuto Repressivo.

Na hipótese, de acordo com a decisão hostilizada, “extrai-se da decisão condenatória que o regime inicial fechado foi estabelecido em razão da quantidade de droga apreendida em poder dos acusados (cerca de 2kg de maconha), circunstância que, a princípio, não se mostra inidônea para justificar o agravamento do regime inicial”.

Nesse contexto, o ato dito coator está em consonância com a jurisprudência desta Suprema Corte no sentido de que “A teor das

HC 148914 AGR / SP

normas de regência, além da quantidade de pena, a fixação do regime inicial deve observar as circunstâncias sopesadas no desenrolar da dosimetria da pena, notadamente, na hipótese de tráfico de drogas, a natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos” (HC 140.720/AM, Rel. Min. Edson Fachin, 2ª Turma, DJe 02.6.2017); “O Supremo Tribunal já assentou entendimento quanto à possibilidade de o juiz fixar o regime inicial fechado e afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com base na quantidade e na natureza do entorpecente apreendido (RHC nº 125.077/MS-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Roberto Barroso, DJe 4/3/15)” (RHC 132.328/MS, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, DJe 30.5.2016); e “Possibilidade de indeferir a substituição da pena por restritiva de direitos e de fixar o regime de cumprimento da pena forte na quantidade e natureza da droga. Precedente.” (RHC 122.804/MT, de minha relatoria, 1ª Turma, DJe 14.10.2014).

Inexistente, pois, ilegalidade ou arbitrariedade no ato hostilizado passível de correção na via do habeas corpus.

Ante o exposto, nego seguimento ao presente habeas corpus (art. 21, § 1º, do RISTF).”

Como se observa, neguei seguimento à impetração ao fundamento da falta de esgotamento da jurisdição do Superior Tribunal de Justiça, visto que o ato impugnado consiste em mera decisão monocrática, não submetida, portanto, ao crivo do colegiado.

Esse entendimento encontra arrimo na jurisprudência sedimentada por esta Suprema Corte, segundo os precedentes transcritos na decisão hostilizada. No mesmo sentido, confira-se:

“HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE MINISTRO DO STJ. INVIABILIDADE. CABIMENTO DE AGRAVO INTERNO. INTERPOSIÇÃO INDISPENSÁVEL PARA ATENDER AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL E PARA EXAURIR A INSTÂNCIA RECORRIDA, PRESSUPOSTO PARA INAUGURAR A COMPETÊNCIA DO STF. DUPLA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O habeas corpus ataca diretamente

HC 148914 AGR / SP

decisão monocrática de Ministro do STJ. Essa decisão tem o respaldo formal do art. 38 da Lei 8.038/1990 e contra ela é cabível o agravo previsto no art. 39 da mesma lei. Ambos os dispositivos estão reproduzidos, tanto no Regimento Interno do STF (arts. 192 e 317), quanto no Regimento do STJ (arts. 34, XVIII, e 258). Em casos tais, o exaurimento da jurisdição e o atendimento ao princípio da colegialidade, pelo tribunal prolator, se dá justamente mediante o recurso de agravo interno, previsto em lei, que não pode simplesmente ser substituído pela ação de habeas corpus, de competência de outro tribunal. 2. A se admitir essa possibilidade estar-se-á atribuindo ao impetrante a faculdade de eleger, segundo conveniências próprias, qual tribunal irá exercer o juízo de revisão da decisão monocrática: se o STJ, juízo natural indicado pelo art. 39 da Lei 8.038/1990, ou o STF, por via de habeas corpus substitutivo. O recurso interno para o órgão colegiado é medida indispensável não só para dar adequada atenção ao princípio do juiz natural, como para exaurir a instância recorrida, pressuposto para inaugurar a competência do STF (cf. HC 118.189, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 19/11/2013; HC 97009, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 25/04/2013; HC 108718-AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 10/09/2013, DJe de 24-09-2013, entre outros). 3. Ademais, o conhecimento do pedido por esta Corte implicaria dupla supressão de instância, já que acarretaria a deliberação de matéria que sequer foi objeto de apreciação definitiva pelo Tribunal estadual, o que não é admitido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 4. Agravo regimental a que se nega provimento” (HC 122.275 AgR/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª Turma, DJe 01.7.2014).

Reitero que à míngua de pronunciamento judicial conclusivo pela Corte anterior quanto às teses defensivas pertinentes à demora no julgamento da apelação criminal e do direito de o apenado recorrer em liberdade, inviável a análise do *writ* pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de indevida supressão de instância. Cito, nessa linha, precedentes:

HC 148914 AGR / SP

HC 134.957-AgR/MG, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 24.02.2017; RHC 136.311/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, DJe 21.02.2017; RHC 133.974/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, DJe 03.3.2017; e HC 136.452-ED/DF, de minha relatoria, 1ª Turma, DJe 10.02.2017.

Por outro lado, a fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada, na hipótese, somente ao *quantum* da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, § 3º, do mesmo diploma legal.

Repiso, na esteira do ato dito coator, que “ *o regime inicial fechado foi estabelecido em razão da quantidade de droga apreendida em poder dos acusados (cerca de 2kg de maconha), circunstância que, a princípio, não se mostra inidônea para justificar o agravamento do regime inicial*”, a evidenciar a adequação do regime intermediário para cumprimento da pena.

Nesse espectro, a jurisprudência desta Suprema Corte firmou orientação no sentido de que “ *A teor das normas de regência, além da quantidade de pena, a fixação do regime inicial deve observar as circunstâncias sopesadas no desenrolar da dosimetria da pena, notadamente, na hipótese de tráfico de drogas, a natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos*” (HC 140.720/AM, Rel. Min. Edson Fachin, 2ª Turma, DJe 02.6.2017); “ *O Supremo Tribunal já assentou entendimento quanto à possibilidade de o juiz fixar o regime inicial fechado e afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com base na quantidade e na natureza do entorpecente apreendido (RHC nº 125.077/MS-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Roberto Barroso, DJe 4/3/15)*” (RHC 132.328/MS, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, DJe 30.5.2016); e “ *Possibilidade de indeferir a substituição da pena por restritiva de direitos e de fixar o regime de cumprimento da pena forte na quantidade e natureza da droga. Precedente.*” (RHC 122.804/MT, de minha relatoria, 1ª Turma, DJe 14.10.2014).

Anoto, por fim, na esteira do parecer ministerial, que o pleito defensivo de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, além de não ter sido objeto de apreciação pela instância anterior e de não preencher o requisito legal do art. 44, I, do CP, constitui inovação

HC 148914 AGR / SP

recursal, inadmissível em agravo regimental (HC 129.472-AgR/SC, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª Turma, DJe 23.9.2015; RHC 121.748-AgR/MS, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, DJe 01.9.2015; e HC 124.971-AgR/MT, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, DHe 20.11.2014).

Nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 148.914 SÃO PAULO

RELATORA : **MIN. ROSA WEBER**
AGTE.(S) : **FLAVIO GUSTAVO SILVA GARCIA**
ADV.(A/S) : **LUIZ GUSTAVO VICENTE PENNA**
AGDO.(A/S) : **RELATOR DO HC Nº 396.023 DO SUPERIOR**
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O *habeas corpus* é ação constitucional voltada a preservar a liberdade de ir e vir do cidadão. O processo que o veicule, devidamente aparelhado, deve ser submetido ao julgamento de Colegiado. Descabe observar quer o disposto no artigo 21 do Regimento Interno, no que revela a possibilidade de o relator negar seguimento a pedido manifestamente improcedente, quer o artigo 932 do Código de Processo Civil. Provejo o agravo para que o *habeas corpus* tenha sequência.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 148.914

PROCED. : SÃO PAULO

RELATORA : MIN. ROSA WEBER

AGTE.(S) : FLAVIO GUSTAVO SILVA GARCIA

ADV.(A/S) : LUIZ GUSTAVO VICENTE PENNA (SP201063/)

AGDO.(A/S) : RELATOR DO HC Nº 396.023 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por maioria, conheceu do agravo regimental e negou-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora, vencido o Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, Sessão Virtual de 1.12.2017 a 7.12.2017.

Composição: Ministros Marco Aurélio (Presidente), Luiz Fux, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

Disponibilizou processos para esta Sessão o Ministro Edson Fachin, não tendo participado do julgamento desses feitos o Ministro Alexandre de Moraes por sucedê-lo na Primeira Turma.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma