



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 441.731 - SP (2018/0064308-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LÍVIA CORREIA TINOCO - SP277493
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JONATHAN WILLIAM DO CARMO QUEIROZ

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS FAVORÁVEIS. REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. QUANTIDADE PEQUENA DE DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO. ART. 33, §§ 2º, ALÍNEA "C", DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. Sendo a quantidade de droga apreendida pequena (17 porções de maconha, pesando 33 gramas), as circunstâncias judiciais favoráveis (art. 59 do CP), a pena-base fixada no mínimo legal e a reprimenda aplicada inferior a 4 anos, não há justificativa para aplicar regime prisional mais gravoso, devendo ser imposto o regime aberto, de acordo com o disposto no art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para ratificar a liminar e fixar o regime prisional aberto para início de cumprimento de pena.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 17 de maio de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 441.731 - SP (2018/0064308-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LÍVIA CORREIA TINOCO - SP277493
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JONATHAN WILLIAM DO CARMO QUEIROZ

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus* preventivo, com pedido de liminar, impetrado em benefício de JONATHAN WILLIAM DO CARMO QUEIROZ contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos da Apelação n. 0000265-04.2017.8.26.0617.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do crime do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas), à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 dias-multas, tendo sido negado o recurso em liberdade.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que proveu parcialmente o recurso para reconhecer a causa redutora de pena (§ 4º do art. 33 da Lei de Drogas), reduzindo a pena do acusado para 2 anos de reclusão, mais pagamento de 200 dias-multas, em acórdão assim ementado:

Apelação. Crime de tráfico de drogas. Condenação do réu como incurso no artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/2006. Recurso da defesa. 1. Quadro probatório suficiente para evidenciar a responsabilidade penal do réu, inexistindo espaço para desclassificação para o delito previsto no artigo 37, da Lei nº 11.343/06. 2. Aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, par. 4º, da Lei nº 11.343/06, com redução da reprimenda em 2/3, em razão da natureza e quantidade da droga. Recurso parcialmente provido (fl. 28).

Daí o presente *writ*, em que se sustenta constrangimento ilegal decorrente da manutenção de regime de cumprimento de pena mais gravoso do que o previsto em lei, em confronto com o Enunciado Sumular n. 440 do STJ.

Alega que o regime adequado para início do cumprimento da pena é o aberto, já que a pena final fixada foi inferior a 4 anos, o paciente é primário, e, conforme



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecido em ambas as Instâncias, as circunstâncias judiciais são favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada no patamar mínimo legal.

Requer, assim, em liminar e no mérito, a fixação do regime aberto para início do cumprimento de pena.

O pedido de liminar foi deferido, às fls. 39/40, nos seguinte termos:

Na hipótese, é possível identificar de plano o constrangimento ilegal aventado, uma vez que o quantum de reprimenda aplicada (2 anos de reclusão) e a pequena quantidade de droga apreendida (33 gramas de maconha) permitem a fixação do regime inicial aberto, segundo orientação jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça.

Presentes o fumus boni iuris e periculum in mora, DEFIRO o pedido liminar para fixar o regime inicial aberto até o julgamento do mérito deste habeas corpus.

As informações foram prestadas às fls. 49/51 e 57/86 e o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem (fls. 52/55).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 441.731 - SP (2018/0064308-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

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.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a fixação do regime inicial aberto, bem como a substituição da reprimenda por restritiva de direitos.

O paciente foi preso em flagrante na posse de 17 porções de maconha, pesando 33 gramas.

Nesse contexto, foi condenado por tráfico de drogas, tendo o Juízo de primeiro grau fixado a pena em 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado. O Tribunal *a quo*, por sua vez, proveu parcialmente o apelo defensivo para reconhecer a causa redutora de pena (§ 4º do art. 33 da Lei de Drogas), reduzindo a pena do acusado para 2 anos de reclusão, mais pagamento de 200 dias-multas, conforme se verifica:

4. Cabível, por outro lado, a aplicação do redutor previsto no artigo 33, par. 4º, da Lei nº 11.343/06.

Inexiste um quadro sólido a arredar a incidência da minorante. Para tanto, seria curial que restasse demonstrada uma das hipóteses elencadas no citado dispositivo legal, vale dizer, que o agente (a) não seja primário e de bons antecedentes, (b) dedique-se às atividades criminosas, ou (c) integre organização criminosa.

[...]

No caso vertente, o réu é primário e de bons antecedentes. Inexiste qualquer informação mais robusta no sentido de que integre organização criminosa ou se dedique às atividades criminosas. A quantidade da droga, no contexto dos autos, por si só, não se presta a tanto

5. A sanção comporta alteração.

A pena-base foi fixada no mínimo legal de 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa e mantida acertadamente no mesmo patamar na segunda etapa.

Na terceira fase da dosimetria, diante da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, o caso é de redução da reprimenda em 3/5, considerando a quantidade expressiva da droga (33 gramas), fator que incrementa o desvalor da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conduta, chegando-se a 2 anos de reclusão, mais o pagamento de 200 dias-multa, que se transmuda em definitiva.

[...]

Mas, no caso vertente, a quantidade das drogas constitui circunstância concreta a desnudar um acentuado grau de culpabilidade da conduta, a impor o regime inicial fechado para a pena privativa de liberdade, sem o que não haveria suficiente reprovação e prevenção do delito. Mesmas razões que obstam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito (artigo 44, III, do Código Penal), bem como a concessão do sursis (artigo 77, II, do Código Penal), benefícios que traduzem uma resposta penal por demais branda para a conduta.

6. Ante o exposto, dou parcial provimento ao apelo para reduzir as penas do acusado para 2 anos de reclusão, mais o pagamento de 200 dias-multa. Mantida, no mais, a r. Sentença (fls. 33/35).

De início, noto que o Tribunal a quo fundamentou a fixação do regime inicial fechado com base na quantidade das drogas apreendidas.

Na hipótese, verifico que a quantidade foi pequena (33 gramas), o que não justifica a imposição do regime mais gravoso.

Dessa forma, encontra-se evidenciado o constrangimento ilegal, pois, em razão de as circunstâncias judiciais serem favoráveis (art. 59 do Código Penal – CP), da pena-base ter sido fixada no mínimo legal e da reprimenda aplicada ser inferior a 4 anos, o regime a ser imposto deve ser o aberto, de acordo com o disposto no art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO MINISTERIAL DE QUE AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO IMPEDIRIAM A FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE E QUANTUM DE PENA ESTABELECIDO INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. REGIME ABERTO. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Na hipótese, consideradas favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, sendo primário o recorrente e o quantum de pena estabelecido não excede 4 (quatro) anos, não há razão para que não se conceda ao recorrente o regime aberto para início de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal.

II - Ademais, não é idônea a utilização da quantidade de droga exclusivamente no momento de fixação do regime prisional, sem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que tal circunstância tenha sido utilizada na primeira ou na terceira fases da dosimetria da pena Agravo regimental desprovido (AgRg no RHC 62.627/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 15/04/2016).

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ROUBO. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. *PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. SÚMULA 440/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO E 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 previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Os fundamentos genéricos utilizados na sentença 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), contrariando a Súmula 440 deste Superior Tribunal.

3. **Hipótese na qual o réu é primário e a pena-base corresponde ao mínimo legal, porquanto favoráveis as circunstâncias judiciais, sendo a pena definitiva inferior a 4 (quatro) de reclusão. A teor do art. 33, §§ 2º, alínea "c", e 3º, c/c o art. 59, ambos do CP, não se afigura idônea a justificativa apresentada para afastar a aplicação ao caso concreto do regime aberto para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade.**

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de estabelecer o regime prisional aberto para o desconto da sanção corporal imposta ao paciente, salvo se por outro motivo estiver descontando pena em regime mais severo (HC 343.034/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 10/03/2016).

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do *habeas corpus*, mas de conceder a ordem, de ofício, para ratificar a liminar e fixar o regime inicial aberto para cumprimento de pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0064308-0

HC 441.731 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00002650420178260617 20170000933779 2017000262 2650420178260617

EM MESA

JULGADO: 17/05/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO LÍVIA CORREIA TINOCO - SP277493
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JONATHAN WILLIAM DO CARMO QUEIROZ

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.