



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 335.143 - SP (2015/0219495-6)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANDRE LUIZ DA SILVA DA CUNHA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELIAS NUNES DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME SEMIABERTO. ART. 33, §§ 2º E 3º, 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 e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Quanto ao regime fechado, as instâncias ordinárias basearam-se apenas na gravidade abstrata do delito, em ofensa ao Enunciado n. 440 da Súmula do STJ.

In casu, embora a primariedade do paciente e o *quantum* de pena (art. 33, § 2º, "c", do CP) permitam, em tese, a fixação do regime aberto, a quantidade de droga apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/06) foi utilizada para majorar a pena-base acima do mínimo legal. Dessa forma, a existência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP) justifica a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso o semiaberto, de acordo com o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial semiaberto.

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 "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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 28 de junho de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 335.143 - SP (2015/0219495-6)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANDRE LUIZ DA SILVA DA CUNHA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELIAS NUNES DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de ELIAS NUNES DOS SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 3011178-48.2013.8.26.0224.

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos, 2 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n.11.343/2006 (tráfico de drogas) (fls. 16/23).

A defesa interpôs apelação, tendo o Tribunal de origem dado parcial provimento ao recurso, reduzindo a pena para 2 anos e 6 meses de reclusão, mantendo o regime fechado, em acórdão assim ementado:

Tráfico de entorpecentes - Prisão em flagrante, na posse de várias porções de cocaína e crack Confissão do corréu nas duas fases do processo Palavras dos policiais e corréus incriminando esse acusado Condenação mantida;

Tráfico de drogas - Réu primário e sem antecedentes - Ausência de prova de que integre associação criminosa ou que se dedique a essas atividades Aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 Possibilidade Recurso parcialmente provido.

Tráfico de entorpecentes - Corréus detidos no local indicado como ponto de tráfico Negativa de autoria tanto na delegacia, como em juízo Versões coerentes e confirmadas pelo corréu confesso Ausência de indicação concreta de que participassem do comércio ilícito de drogas Dúvida razoável Absolvição decretada Recurso provido (fls. 7).

Daí o presente *writ*, no qual a impetrante alega constrangimento ilegal, visto ter o acórdão determinado que o paciente iniciasse o desconto da pena privativa de liberdade a ele imposta em regime fechado, embasando-se somente na gravidade abstrata do crime de tráfico. Aduz, ainda, que em conformidade com a disposição do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 33, § 2º, 'c', do Código Penal e dos Enunciados n. 718 e 719 das Súmulas do STF, o adequado à hipótese é a fixação do regime aberto.

Por fim, ressalta que o paciente encontra-se preso desde 9/4/2013, o que, mesmo se mantido o regime fechado, já permitiria a progressão ao regime aberto ou a concessão do livramento condicional.

Requer, assim, a fixação do regime inicial aberto para o cumprimento da pena.

A liminar foi deferida *"para, até o julgamento de mérito deste habeas corpus, assegurar o regime inicial semiaberto ao paciente, salvo se por outro motivo encontrar-se em regime mais gravoso"* (fls. 48/49).

As informações foram devidamente prestadas (fls. 60/76) e o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem, de ofício, apenas no tocante à fixação do regime inicial (semiaberto) para o cumprimento da pena (fls. 77/81).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 335.143 - SP (2015/0219495-6)

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 e do próprio Superior Tribunal de Justiça. 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.

O Juízo de primeiro grau fixou a pena em 5 anos, 2 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado. Em apelação interposta pela defesa, o Tribunal a quo reduziu a pena, fixando-a nos seguintes termos:

Resta, então, analisar as penas impostas a Elias.

*Nesse mister, **cumprе considerar que o ilustre Magistrado sentenciante apontou apenas uma circunstância judicial a ser considerada para fins de exasperação da pena base, vale dizer, a quantidade e diversidade da droga apreendida. Como, então, esclareceu que cada causa considerada justifica o aumento de 1/8, na esteira do parecer da d. Procuradoria de Justiça, a pena base fica estabelecida em 5 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão e pagamento de 562 dias-multa, de valor unitário mínimo.***

Em seguida, presente a atenuante da confissão espontânea, a fica reduzida para o mínimo legal de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, de valor unitário mínimo.

Na terceira etapa, tratando-se de acusado primário, sem que a prova indique que se dedique exclusivamente a atividades criminosas, tampouco que integre organização dessa natureza, tem-se como possível a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

*Assim, considerando ainda que o réu confessou espontaneamente o delito e como a quantidade e variedade de droga apreendida já foi utilizada para a exasperação da pena base, entende-se justa e suficiente à reprovação da conduta, **a redução da pena em 1/2, o que a torna definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, de valor unitário mínimo.***

Em relação ao regime de cumprimento de pena, cumprе considerar que o tráfico de drogas é extremamente grave, causa indiscutível abalo à ordem pública, na medida em que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

traficante consegue atingir um número elevado de pessoas, que acabam se envolvendo em outros crimes. Por isso, inclusive em face do delito ser equiparado aos hediondos, o regime inicial fechado é o que se tem como único possível.

Tampouco é o caso de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o traficante, longe de ser agraciado com os benefícios reservados a crimes menos graves, deve ser retirado da sociedade, cada vez mais temerosa e abalada com o avanço da criminalidade.

[...]

Por outro lado, DÁ-SE PROVIMENTO PARCIAL AO APELO de Elias Nunes dos Santos para adequar a condenação para o art. 33, caput (aplicado o § 4º), da Lei nº 11.343/06 e reduzir sua pena para 2 anos e 6 meses de reclusão em regime fechado e 250 dias-multa, de valor unitário mínimo (fls. 12/15).

De início, verifico que o paciente foi preso em flagrante, pois mantinha em depósito, para fins de entrega ao consumo de terceiros, 6 pinos contendo cocaína (4,5g), 14 pinos de "crack" (3,45g) e 25 trouxinhas de "maconha" (30,63g).

Quanto à aplicação do regime fechado, as instâncias ordinárias basearam-se apenas na gravidade abstrata do delito, em ofensa ao Enunciado n. 440 da Súmula do STJ, que assim 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.

No mesmo sentido são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam:

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.

Assim, embora a primariedade do paciente e o *quantum* de pena (art. 33, § 2º, "c", do CP) permitem, em tese, a fixação do regime aberto, a quantidade de droga apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/06) foi utilizada para majorar a pena-base acima do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mínimo legal. Dessa forma, a existência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP) justifica a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso o semiaberto, de acordo com o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

A propósito, confirmam-se:

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

[...]

TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ELEMENTOS PRÓPRIOS DO TIPO PENAL VIOLADO. DESCABIMENTO. SÚMULAS 718 E 719 DA SUPREMA CORTE. ALTERAÇÃO PARA O MODO SEMIABERTO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. A Suprema Corte, nos verbetes 718 e 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado.

2. **In casu, embora a reprimenda tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em razão da existência de circunstância judicial desfavorável, indica que o regime inicial semiaberto mostra-se adequado e proporcional na espécie.**

REPRIMENDA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS. PENA-BASE ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO.

1. A substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito mostra-se possível quando atendidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

2. **Inviável acoimar de ilegal o acórdão impetrado que indeferiu a substituição da reprimenda, pois não se encontram preenchidos os pressupostos legais subjetivos, na forma do art. 44, III, do CP, haja vista a pena-base ter sido fixada acima do mínimo legal, em razão de circunstância judicial desfavorável.**

3. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de alterar o regime inicial para o semiaberto (HC 350.111/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 02/05/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. DESPROPORCIONALIDADE. ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

OFÍCIO.

[...]

- 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.

- No caso, o quantum da pena (2 anos e seis meses de reclusão) e a primariedade do paciente levariam a fixação do regime aberto. No entanto, tendo em vista que as circunstâncias judiciais não lhe são favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo, e as circunstâncias do caso concreto (quantidade e variedade da droga e o envolvimento de três adolescentes) a fixação do regime de cumprimento de pena no semiaberto se mostra adequado para a repressão do delito.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para cumprimento da pena privativa de liberdade (HC 324.129/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 07/10/2015).

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS NATUREZA. PREVISÕES LEGAIS DECLARADAS INCONSTITUCIONAIS PELO STF. FUNDAMENTO TAMBÉM COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (99 INVÓLUCROS CONTENDO APROXIMADAMENTE 20 GRAMAS DE COCAÍNA). FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO. FUNDAMENTO CONCRETO PARA A FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO - O SEMIABERTO - E NÃO O FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar tanto a imposição do regime mais severo, quanto o indeferimento da substituição das penas, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada. Precedentes.

4. Embora válido o fundamento para o recrudesimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos - 2 anos e 6 meses - cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, fazendo jus o paciente ao regime semiaberto.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusiva (HC 338.541/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 07/12/2015).

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício para fixar o regime inicial semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0219495-6

HC 335.143 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20150000429025 30111784820138260224 39313 3932013 89213

EM MESA

JULGADO: 28/06/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

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
ADVOGADO	: ANDRE LUIZ DA SILVA DA CUNHA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ELIAS NUNES DOS SANTOS (PRESO)
CORRÉU	: MANOEL RICARDO DA LUZ
CORRÉU	: ADICLEY SANTOS DE MACEDO

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.