



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.147 - SP (2017/0004920-5)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ALINE TOYAMA SHIRAKI - SP330200
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCIO ROBERTO DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. REGIME INICIAL. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ENUNCIADO N. 440 DA SÚMULA DO STJ E N. 718 E 719 DO STF. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PACIENTE PRIMÁRIO, DE BONS ANTECEDENTES E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS BENÉFICAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. CONCEDIDA A ORDEM DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência das Cortes Superiores entende ser inadmissível a impetração de *habeas corpus* em substituição a recurso próprio, mas ressalta a possibilidade da concessão da ordem, de ofício, quando houver flagrante ilegalidade que restrinja a liberdade de locomoção do paciente.

2. No tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, é firme neste Tribunal Superior a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Nesse sentido, foram elaborados os enunciados n. 440 da Súmula desta Corte que prevê: *"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"*.

O exame dos autos revela que, após fixar a pena-base no mínimo legal, por considerar favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime fechado foi fixado sem fundamentação idônea, baseado apenas na gravidade abstrata do delito.

Dessarte, consoante orientação jurisprudencial desta Corte Superior, a mera referência genérica, pela instância ordinária, à gravidade abstrata do delito de tráfico não constitui motivação suficiente, por si só, para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso.

Nessa toada, reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade do réu, a quem foi imposta reprimenda definitiva inferior a 4 anos de reclusão, cabível a imposição do regime aberto para iniciar o cumprimento da sanção corporal, à luz do art. 33, §§



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2º e 3º, do Código Penal.

3. Noutro ponto, com relação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, observo que a decisão do Tribunal de Justiça estadual não comporta reparos.

O art. 44 do Código Penal é taxativo quanto aos requisitos necessários para a obtenção do benefício da substituição da medida corporal por restritiva de direitos, não verificando, na hipótese, o preenchimento de tais requisitos, tendo em vista que, não obstante a fixação da pena-base no mínimo legal, o Tribunal de piso consignou que a conduta social, as circunstâncias e as consequências do delito não são favoráveis ao paciente, mormente quando se considera a diversidade de entorpecentes (maconha, cocaína e *crack*) apreendidos em seu poder.

- *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime aberto.

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, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília (DF), 20 de abril de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.147 - SP (2017/0004920-5)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ALINE TOYAMA SHIRAKI - SP330200
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCIO ROBERTO DOS SANTOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar impetrado em benefício de MARCIO ROBERTO DOS SANTOS, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0005054-48.2015.8.26.0348).

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06.

Irresignado, interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, ao qual foi dado parcial provimento, em acórdão de fls. 15/34.

No presente *writ*, a impetrante sustenta, em suma, que é inconstitucional estabelecer regime prisional fechado com fundamento tão somente na gravidade abstrata e na hediondez do delito.

Do mesmo modo, afirma que a fixação da pena-base no mínimo legal e as circunstâncias judiciais favoráveis autorizam a fixação de regime diverso do fechado, nos termos dos enunciados n. 440 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça – STJ e n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, afirma preencher todos os requisitos exigidos para a substituição da medida corporal por restritivas de direito, nos termos do art. 44, do Código Penal.

Requer, assim, em liminar e no mérito, a fixação de regime menos gravoso e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O pedido liminar foi deferido às fls. 39/44 para determinar a imediata colocação do paciente em regime aberto, enquanto aguarda o julgamento do mérito deste *writ*.

Informações às fls. 56/80. O Ministério Público Federal, às fls. 84/89, opinou pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão da ordem, de ofício, para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixar o regime aberto.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.147 - SP (2017/0004920-5)

VOTO

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

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria 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 que justifique a concessão da ordem de ofício.

Pretende-se, no presente *writ*, consoante outrora relatado, o restabelecimento da decisão de primeiro grau, que fixou o regime inicial aberto, operando a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Quanto aos pontos, o Tribunal de origem, ao retificar a sentença de primeiro grau, assim fundamentou:

[...]

No tocante às reprimendas impostas, a r. sentença demanda reparo.

Inicialmente, sopesadas as diretrizes do artigo 59 do Código Penal e do artigo 42 da Lei de Tóxicos, notadamente a diversidade de entorpecentes apreendidos e a grande nocividade da “cocaína” e do “crack”, foi a pena-base fixada em 1/3 (um terço) acima do patamar mínimo cominado à espécie, qual seja, seis anos e oito meses de reclusão e pagamento de seiscentos e sessenta e seis dias- multa.

Entretanto, como se verá adiante, segundo entendimento desta Colenda Câmara, a quantidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos deverão ser consideradas na derradeira etapa do sistema trifásico, para a fixação da fração redutora decorrente da minorante do artigo 33, § 4º, da Lei Antidrogas, sob pena de configurar indesejável bis in idem.

Dessarte, restabelece-se a pena-base ao piso legal, qual seja, cinco anos de reclusão mais quinhentas diárias.

Na segunda fase do cálculo, ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas, as sanções restaram inalteradas.

Na derradeira etapa do sistema trifásico, tratando-se de agente primário, sem antecedentes, que não se dedica, comprovadamente, a atividades ilícitas, nem integra organização criminosa, foi aplicada a causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, reduzindo-se as reprimendas de 1/3 (um terço), em razão da “quantidade relevante das drogas apreendidas (103 porções)” (fls. 103v.).

E, considerando que o apelante foi surpreendido na posse



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de quarenta e cinco pedras de “crack”, pesando 13,4g (treze gramas e quatro decigramas), 38,3g (trinta e oito gramas e três decigramas) de “cocaína”, divididos em quarenta e três porções, e 17g (dezessete gramas) de “maconha”, acondicionados em quinze invólucros plásticos, insta manter-se a fração redutora de 1/3 (um terço) especialmente pelo alto grau de perniciosidade do “crack”, de modo que as reprimendas totalizam três anos e quatro meses de reclusão e pagamento de trezentos e trinta e três dias-multa, no valor unitário mínimo, atualizado.

Inviável a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, visto que, in casu, tanto a conduta social reprovável do acusado, quanto as graves circunstâncias e consequências do delito, estão a demonstrar não ser tal operação suficiente à reprovação da infração (cf. artigo 44, caput, inciso III, do Código Penal).

[...]

Por derradeiro, quanto ao regime prisional impositivo à espécie, insta conservar-se a adoção da modalidade inicial fechada, pois tem-se que a opção pelo módulo carcerário mais rigoroso atendeu, sobretudo em virtude da gravidade concreta da hipótese vertente, ao disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal, não havendo, dessarte, falar-se na incidência, in casu, das Súmulas nºs 718 e 719 do Pretório Excelso, tampouco do regramento contido nos artigos 33, § 2º, e 59, ambos do Estatuto Repressor, e 387, § 2º, do Código de Processo Penal (acrescentado pela Lei nº 12.736/12).

Diante do exposto, rejeitada a preliminar, dá-se parcial provimento ao apelo, a fim de reduzir as reprimendas impostas a MARCIO ROBERTO DOS SANTOS para três anos e quatro meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais trezentas e trinta e três diárias, no piso legal, corrigido, mantida, no mais, a r. sentença (fls. 28/34).

No tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, é firme neste Tribunal Superior a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte que prevê:

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”.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Os fragmentos do acórdão acima transcritos e o exame dos autos revelam que após fixar a pena-base no mínimo legal, por considerar favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime fechado foi fixado sem fundamentação idônea, baseado apenas na gravidade abstrata do delito.

Dessarte, consoante orientação jurisprudencial desta Corte Superior, a mera referência genérica, pela instância ordinária, à gravidade abstrata do delito de tráfico não constitui motivação suficiente, por si só, para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso.

Nessa toada, reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade do réu, a quem foi imposta reprimenda definitiva inferior a 4 anos de reclusão, **cabível a imposição do regime aberto para iniciar o cumprimento da sanção corporal**, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Por oportuno, confirmam-se os seguintes precedentes:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 33, § 3º, DO CP. OCORRÊNCIA. PENA INFERIOR A 8 ANOS E SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. DIREITO A REGIME MENOS GRAVOSO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E SÚMULA 440 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não é possível a imposição de regime mais severo que o fixado em lei com base apenas na gravidade abstrata do delito. Para exasperação do regime fixado em lei é necessária motivação idônea. Súmulas n.º 718 e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça.

2. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1395041/SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 14/04/2014).

PENAL. HABEAS CORPUS. INDEFERIMENTO DE LIMINAR. NÃO CABIMENTO. SUPERAÇÃO DO ENUNCIADO N. 691 DA SÚMULA DO STF. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIALMENTE FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II - Na hipótese, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de liminar em habeas corpus, manteve a decisão da magistrada de 1ª instância, que fixou o regime fechado para o início do cumprimento da pena, fundamentado na gravidade em abstrato do delito.

III - Contudo, o Enunciado 440, da Súmula do STJ afirma que "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".

IV - In casu, da análise dos fundamentos expostos pelas instâncias ordinárias, quando da realização da dosimetria da pena, verifica-se que as circunstâncias judiciais do paciente foram avaliadas de modo inteiramente favorável, bem como que se trata de indivíduo primário, razão pela qual o regime que melhor atende sua situação, nos termos do art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal, é o aberto.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena (HC 304.311/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 27/11/2014).

[...]

TRÁFICO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. FIXAÇÃO DE MODO DE EXECUÇÃO DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DESTE STJ. PACIENTE PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. FIXAÇÃO DO MODO ABERTO QUE SE MOSTRA DEVIDA. ILEGALIDADE PATENTEADA.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade, pelo Plenário do STF, do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.464/07, que estabelecia o modo inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor, o regime prisional para esses tipos de crimes deve agora ser fixado de acordo com o previsto no art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal.

2. Reduzida a pena definitivamente para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e verificando-se que o paciente é primário e de bons antecedentes, mostra-se devida a imposição da forma aberta para o início da execução da pena reclusiva, de acordo com o art. 33, § 2º, c, e § 3º, do CP.

3. Writ não conhecido, concedendo-se, contudo, habeas corpus de ofício para: a) aplicar a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 no patamar de 2/3 (dois terços), tornando a reprimenda do paciente definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa;

b) substituir a pena reclusiva por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução; e c) fixar o regime inicial aberto (HC 240.986/MA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 01/02/2013).

Noutro ponto, com relação à substituição da pena privativa de liberdade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por restritiva de direitos, observo que a decisão do Tribunal de Justiça estadual não comporta reparos.

O art. 44 do Código Penal é taxativo quanto aos requisitos necessários para a obtenção do benefício da substituição da medida corporal por restritiva de direitos, não verificando, na hipótese, o preenchimento de tais requisitos, tendo em vista que, não obstante a fixação da pena-base no mínimo legal, o Tribunal de piso consignou que a conduta social, as circunstâncias e as consequências do delito não são favoráveis ao paciente, mormente quando se considera a diversidade de entorpecentes (maconha, cocaína e *crack*) apreendidos em seu poder.

Dessarte, em razão das circunstâncias do crime lhes serem desfavoráveis, incabível, no caso, a substituição ora pleiteada.

No mesmo sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM VIRTUDE DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. REGIME MAIS GRAVOSO E VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE. A fixação da pena-base acima do mínimo legal em razão da quantidade e natureza da droga apreendida, na linha do disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, pode ensejar, como no caso, a fixação de regime mais gravoso e a vedação à substituição da pena por restritiva de direitos. (Precedentes).

Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 748.362/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 28/03/2016).

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*, mas pela concessão da ordem, de ofício, para, confirmando a liminar outrora concedida, fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0004920-5

HC 385.147 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00050544820158260348 15802015 20160000616883 50544820158260348

EM MESA

JULGADO: 20/04/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ALINE TOYAMA SHIRAKI - SP330200
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCIO ROBERTO DOS SANTOS

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, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.