



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.819 - SP (2015/0137983-5)

RELATOR : **MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RODRIGO VIDAL NITRINI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MATHEUS ANDRADE DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO FUNDAMENTADO NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, ressalvando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

– Verificada a primariedade do paciente, a inexistência de circunstância judicial desfavorável e a aplicação da pena definitiva no patamar de 1 ano e 8 meses de reclusão, deve ser fixado o regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal, pois o regime fechado imposto em primeiro grau está fundamentado apenas na gravidade abstrata do delito de tráfico.

– O acórdão está de acordo com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido constituem elementos indicativos de que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não seja suficiente para a prevenção e repressão do delito no caso concreto.

– *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar ao paciente o regime inicial aberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 19 de novembro de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO ERICSON MARANHÃO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.819 - SP (2015/0137983-5)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : RODRIGO VIDAL NITRINI

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : MATHEUS ANDRADE DOS SANTOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício de MATHEUS ANDRADE DOS SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0033946-22.2014.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei 11.343/2006, à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado. Em apelação da defesa, o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso.

A impetrante requer a fixação do regime aberto e a substituição da pena por restritiva de direitos, haja vista que o paciente preenche os requisitos do art. 33, § 2º, "c", e do art. 44, ambos do Código Penal, as circunstâncias judiciais foram favoráveis e a pena-base foi fixada no mínimo legal.

Liminar parcialmente deferida, às fls. 42/43, "*para assegurar ao paciente que aguarde em regime aberto o julgamento do mérito desta impetração, se por outro motivo não estiver preso*".

Informações prestadas às fls. 59, 61/93 e 95/102.

Parecer do Ministério Público Federal, às fls. 106/110, pelo não conhecimento do *writ*, e, caso conhecido, pela denegação do pedido.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.819 - SP (2015/0137983-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (Relator):

O presente *habeas corpus* não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio (HC n. 109956, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe 11/9/2012). Contudo, nada impede que, de ofício, se constate a existência de manifesta ilegalidade que implique ofensa à liberdade de locomoção do paciente (HC n. 271.890/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 03/09/2014).

Passo, portanto, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Na hipótese dos autos, não houve valoração negativa de circunstância judicial, a pena-base foi fixada no mínimo, o paciente é primário e a pena definitiva foi estabelecida em 1 ano e 8 meses de reclusão. O regime fechado foi fixado com base na gravidade abstrata do delito, em dissonância com o entendimento desta Corte de que *"não é possível a imposição de regime mais severo que aquele fixado em lei com base apenas na gravidade abstrata do delito"* (AgRg no HC 214.240/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 21/11/2011).

Confira-se, a propósito, o seguinte trecho da sentença condenatória:

[...] Inicialmente, analisando-se as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, do Código Penal, tem-se que a pena-base deve ser fixada no patamar mínimo cominado à espécie, isto é, em cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa.

Em seguida, deixo de considerar as atenuantes da menoridade relativa à época dos fatos e da confissão espontânea porque tais circunstâncias não podem reduzir as reprimendas aquém do mínimo legal, nos termos da Súmula nº 231, do Superior Tribunal de Justiça, não havendo circunstâncias agravantes.

Na derradeira etapa do sistema trifásico, tratando-se de agente primário, de bons antecedentes, que não se dedica, comprovadamente, a atividades ilícitas, tampouco integra organização criminosa, há que se aplicar a minorante inscrita no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, reduzindo-se as penas, por conseguinte, em 2/3 (dois terços), totalizando, assim, um ano e oito meses de reclusão e pagamento de cento e sessenta e seis dias-multa, no valor unitário mínimo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atualizado.

Ao depois, não há que se falar em substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, por não ser socialmente recomendável tal medida, nos termos do artigo 44, § 3º, do Código Penal.

Ante a hediondez do delito de tráfico, de extrema gravidade da conduta, atenta também à natureza da droga apreendida, com grande potencial lesivo, o único regime de início de cumprimento de pena cabível e suficiente para eficácia das penas em questão, é o fechado, para todos os acusados. Anoto que eventual direito a cumprimento de pena em regime menos rigoroso deve ser analisado pelo Juiz da Execução, aferindo-se para tanto o cumprimento de requisito subjetivo (fls. 16/17).

Por sua vez, asseverou o Tribunal a quo:

[...] No que tange ao pleito de substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos não há de ser atendido, porque, não obstante a edição da Resolução nº 5, de 15/02/2012, e a declaração de inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei nº 11.343/06 pelo C. STF, nos autos do HC 97256/RS, na parte em que "vedada a conversão em penas restritivas de direitos pelas circunstâncias do caso concreto, **não se mostra socialmente recomendável a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos, diante da expressiva quantidade da droga apreendida e de sua nocividade (29 porções de cocaína)**, com a observação de que o apelante, com seu ilícito comportamento, procurava difundir e disseminar o uso de drogas, que, na maioria das vezes, atinge pessoas jovens, infelicitando-as e arruinando suas vidas futuras.

[...]

Quanto ao regime prisional fixado (inicial fechado), para o desconto da privativa de liberdade, não há de ser alterado, por duas razões principais: a uma, porque foi determinado de forma precisa e correta, nos termos do artigo 33, §3º, do Código Penal e, a duas, porque o delito pelo qual foi o apelante condenado - tráfico de drogas equiparado a hediondo, não se sujeita a regime mais brando, pois, como público e notório, provoca o recrudescimento da violência e da inquietude social, além da desagregação da instituição familiar.

Nada há, portanto, a ser reparado (fls. 30/33).

Dos trechos acima, constato que, diante da quantidade e natureza das drogas apreendidas (29 porções de cocaína), o Tribunal manteve o entendimento do juiz de primeiro grau de não conceder a substituição da reprimenda por restritiva de direitos. O acórdão está de acordo com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido constituem elementos indicativos de que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não seja suficiente para a prevenção e repressão do delito no caso concreto. Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A REVISÃO CRIMINAL. **REGIME MENOS GRAVOSO** E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. **POTENCIAL DE DISSEMINAÇÃO E NATUREZA DA DROGA**. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de revisão criminal.

2. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, no sentido de que o juiz "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

4. **Devidamente fundamentada a negativa de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena, bem como a negativa de substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos, em razão do elevado potencial de disseminação e da natureza da droga - 29 porções de cocaína (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.**

5. Habeas corpus não conhecido (HC 281377/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 3/12/2013, DJe 13/12/2013).

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. **PENAS ALTERNATIVAS. INADMISSÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA**. FUNDAMENTO VÁLIDO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. **A quantidade e a natureza da droga apreendida constituem fundamentos válidos à inadmissão de penas alternativas.**

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 216.843/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/3/2015, DJe 25/3/2015)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO INDEFERIDO LIMINARMENTE. INEVIDÊNCIA DE ILEGALIDADE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que se faz devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, bem como a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da natureza, da quantidade ou da variedade das drogas apreendidas.

2. No caso, pelo que está no acórdão, não foi o quantum o fator preponderante na manutenção do regime imposto na sentença, mas a diversidade e a natureza das substâncias encontradas com o agente.

3. Inexistindo manifesta ilegalidade a ser reparada, não há justificativa para o seguimento de habeas corpus substitutivo de recurso especial, porquanto evidentemente incabível.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 316.944/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/3/2015, DJe 26/3/2015)

Dessa forma, verificada a primariedade do paciente, a inexistência de circunstância judicial desfavorável e a aplicação da pena definitiva no patamar de 1 ano e 8 meses de reclusão, deve ser fixado o regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício para conceder ao paciente o regime inicial aberto.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0137983-5

HC 326.819 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00339462220148260050 20150000242339 339462220148260050

EM MESA

JULGADO: 19/11/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RODRIGO VIDAL NITRINI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MATHEUS ANDRADE 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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.