



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.972 - SP (2017/0041462-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : IUSCIA DUTRA BARBOZA - RS082003
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JULIANA DA SILVA AYRES (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. TEMA NÃO DEBATIDO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE APTA A AUTORIZAR A ATUAÇÃO EXCEPCIONAL DESTA CORTE. MODO MAIS GRAVOSO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA E NA HEDIONDEZ DO DELITO. SÚMULA 440/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. APELO EM LIBERDADE. POSSIBILIDADE. REGIME ABERTO. MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. FALTA DE RAZOABILIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

1. Na via estreita do *habeas corpus*, não é possível a análise por esta Corte das teses não debatidas na instância ordinária, sob pena de incorrer em supressão de instância. Entretanto, sendo manifesto o constrangimento ilegal suportado pelo indivíduo, o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo a concessão da ordem, de ofício.

2. Hipótese em que é flagrantemente ilegal a imposição do regime mais gravoso (fechado) com fundamento na hediondez e na gravidade abstrata do delito, conforme entendimento firmado nas Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

3. Fixada a pena em 1 ano e 8 meses de reclusão, verificada a primariedade da paciente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal. Precedentes.

4. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. É desarrazoada a manutenção da prisão cautelar, quando a paciente foi condenada ao cumprimento da pena em regime inicial aberto, e sobretudo diante da impossibilidade de agravamento da pena, uma vez que houve apenas apelo da defesa. Precedente.

6. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser estabelecida pelo Tribunal de origem, assim como para deferir à paciente o benefício de aguardar em liberdade o julgamento da apelação, salvo se por outro motivo estiver presa.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de abril de 2017(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.972 - SP (2017/0041462-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : IUSCIA DUTRA BARBOZA - RS082003
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JULIANA DA SILVA AYRES (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de **JULIANA DA SILVA AYRES**, contra decisão do Desembargador Relator do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que indeferiu a medida de urgência no HC n. 2012801-21.2017.8.26.0000.

Colhe-se dos autos que a paciente foi condenada à pena privativa de liberdade de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime tipificado no art. 33, *caput*, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sendo-lhe negado o recurso em liberdade.

Inconformada, a defesa impetrou prévio *writ* no Tribunal de origem, que indeferiu o pleito liminar.

Neste *writ*, a impetrante alega, em síntese, que: **a)** "o fato de a paciente ter respondido ao processo presa e de ter sido condenada, em primeiro grau, não impõe, *ipso facto*, a necessidade de manutenção da prisão, o que deve ser devidamente justificado pelo magistrado" (e-STJ, fl. 8); **b)** "o d. Juízo prolator da r. decisão ora combatida apenas disse, genericamente, que a segregação se justificava para assegurar a ordem pública e a aplicação da lei penal, deixando de expor as circunstâncias específicas do caso que autorizariam tal conclusão" (e-STJ, fl. 9); **c)** "não há, no caso, uma motivação idônea a justificar o estabelecimento do regime mais gravoso, pois a estrita observância dos critérios legais que regem a matéria levaria, necessariamente, à fixação do regime inicial aberto" (e-STJ, fl. 12).

Pleiteia, assim, a revogação da prisão preventiva ou a sua substituição por medidas cautelares diversas, especialmente a prisão domiciliar. Requer, ainda, a fixação do regime aberto para cumprimento da pena reclusiva.

Liminar deferida para mitigar o entendimento firmado na Súmula 691/STF, concedendo à paciente o direito de aguardar o julgamento do mérito deste *writ* no regime aberto (e-STJ, fls. 55-57).

Informações prestadas às e-STJ, fls. 75-79 e 87-112.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem para fixar o regime aberto (e-STJ, fls. 116-120).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.972 - SP (2017/0041462-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : IUSCIA DUTRA BARBOZA - RS082003
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JULIANA DA SILVA AYRES (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. TEMA NÃO DEBATIDO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE APTA A AUTORIZAR A ATUAÇÃO EXCEPCIONAL DESTA CORTE. MODO MAIS GRAVOSO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA E NA HEDIONDEZ DO DELITO. SÚMULA 440/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. APELO EM LIBERDADE. POSSIBILIDADE. REGIME ABERTO. MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. FALTA DE RAZOABILIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

1. Na via estreita do *habeas corpus*, não é possível a análise por esta Corte das teses não debatidas na instância ordinária, sob pena de incorrer em supressão de instância. Entretanto, sendo manifesto o constrangimento ilegal suportado pelo indivíduo, o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo a concessão da ordem, de ofício.
2. Hipótese em que é flagrantemente ilegal a imposição do regime mais gravoso (fechado) com fundamento na hediondez e na gravidade abstrata do delito, conforme entendimento firmado nas Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF.
3. Fixada a pena em 1 ano e 8 meses de reclusão, verificada a primariedade da paciente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal. Precedentes.
4. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.
5. É desarrazoada a manutenção da prisão cautelar, quando a paciente foi condenada ao cumprimento da pena em regime inicial aberto, e sobretudo diante da impossibilidade de agravamento da pena, uma vez que houve apenas apelo da defesa. Precedente.
6. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser estabelecida pelo Tribunal de origem, assim como para deferir à paciente o benefício de aguardar em liberdade o julgamento da apelação, salvo se por outro motivo estiver presa.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inicialmente consigno que, segundo informações prestadas pela autoridade coatora, o mérito do *habeas corpus* originário foi julgado pelo Tribunal estadual, tendo sido a ordem denegada (cópia do *decisum* às e-STJ, fls. 105-108). Portanto, a princípio, seria o caso de se considerar prejudicada esta impetração, diante da notícia da superveniência de novo título judicial a amparar a decisão constritiva da liberdade da paciente (AgRg no HC 360.031/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 10/08/2016).

Entretanto, diante da manifesta ilegalidade constatada nos autos, que justificou, inclusive, a mitigação do entendimento firmado no Enunciado Sumular n. 691/STF e o deferimento da liminar, conheço deste *habeas corpus*, tendo como ato coator o acórdão que julgou o *mandamus* na origem.

Da análise da sentença condenatória, verifica-se que o Juiz sentenciante fixou o regime mais rigoroso de cumprimento da pena (fechado) pelos seguintes motivos:

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos por restarem não atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal; o regime de cumprimento fixado para o tráfico de entorpecentes, e a própria natureza do delito, que é móvel de grande parte de outros crimes cometidos para a manutenção do vício, impedem a concessão da benesse por restar desatendido o inciso III do dispositivo legal retro mencionado. Pelas mesmas razões, resta desatendido o inciso II do art. 77 do Código Penal, inviabilizando a suspensão condicional da pena. Fixo, como regime inicial de cumprimento de pena, observadas as colocações feitas por ocasião da não substituição da pena privativa, o REGIME FECHADO, único que se mostra compatível com a gravidade do delito e sua potencialidade lesiva, ficando também indeferido o pedido de prisão domiciliar feito em alegações finais pela defesa.(e-STJ, fl. 40).

O Tribunal *a quo*, ao denegar a ordem ao *writ* originário, assim se manifestou:

A prisão processual em tela não ofende qualquer princípio constitucional. Reveste-se de absoluta legalidade, porquanto respeitadas toda as prescrições atinentes à clausura provisória.

No mais, em que pese os lúcidos argumentos da D. Defesa, acrescenta-se que, para a determinação do regime de cumprimento de pena e da eventual substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, necessário se faz o cotejo de diversos elementos e o exame cuidadoso das particularidades do delito em apreço.

Pelo exame admitido neste feito, não há como conceder à paciente mais brando regime ou a perseguida substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Registre-se, por fim, que houve interposição de recurso adequado para a análise da matéria, que se encontra em processamento. (e-STJ, fls. 108).

Como é cediço, a obrigatoriedade do cumprimento da pena em regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo STF, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Consigne-se, ainda, que, conforme entendimento cristalizado nas Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF, a fixação de regime mais gravoso, do que o legalmente previsto para a sanção imposta, exige fundamentação idônea e amparada em elementos concretos extraídos dos autos.

Na hipótese, segundo se observa, a imposição do regime inicial fechado tem como fundamento a natureza hedionda e gravidade abstrata do delito, o que não é admissível segundo reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça (HC 343.710/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 21/3/2016). O Tribunal de origem, por sua vez, deixou de analisar a questão por entender que o pleito deveria ser deduzido no recurso de apelação.

Embora o tema não tendo sido objeto de debate na instância antecedente, a manifesta ilegalidade na definição do modo mais severo de cumprimento de pena, permite a concessão da ordem, de ofício, para sanar a ilegalidade verificada. Ademais, quando constatado que é imutável a pena aplicada, pois houve apenas recurso exclusivo da defesa. Logo, é inadmissível o agravamento da situação da ré.

Desse modo, tendo sido fixada a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, verificada a primariedade da ré e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, a paciente deve iniciar o cumprimento da pena reclusiva em **regime aberto**, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. PACIENTE PRIMÁRIO. REGIME ABERTO DEFERIDO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

- No caso, verifico que trata-se de réu primário, condenado à pena privativa de liberdade de 4 anos de reclusão, com a análise favorável das circunstâncias judiciais, além da não expressiva quantidade de drogas - 13g de cocaína e 6,52g de maconha. Dessa forma, o paciente faz jus ao regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para modificar o regime de cumprimento da pena para o aberto.

(HC 366944/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 27/10/2016.)

Pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade da agente, circunstâncias judiciais favoráveis), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo sentenciante, valendo-se anotar que esta Corte e o Supremo Tribunal Federal entendem que não existe óbice na Lei de Drogas para a concessão do citado benefício quando preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal.

Cito, a propósito, o seguinte precedente:

2. O STF, 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.

3. A partir do julgamento do HC 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

4. Hipótese em que as instâncias ordinárias referiram-se apenas à gravidade abstrata do delito para fixar o regime inicial semiaberto e negar a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

5. O *quantum* da condenação (1 ano e 8 meses de reclusão), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea c, do CP, além da substituição por restritiva de direitos.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, confirmando a liminar anteriormente deferida, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

(HC 346.761/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 11/03/2016).

Por fim, no que se refere ao pedido de revogação da prisão preventiva, também assiste razão à impetrante.

A paciente teve negado o benefício do recurso em liberdade, na sentença condenatória, sob o argumento de que "respondeu ao feito cautelarmente recolhida e, considerando a pena imposta e regime fixado, essa situação deve subsistir para garantia da aplicação da lei penal", o que foi ratificado no acórdão impugnado (e-STJ, fls. 22 e 107).

No entanto, considerando que a paciente foi condenada à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão em regime inicial aberto, a manutenção da prisão cautelar mostra-se desarrazoada, sobretudo, como já destacado, diante da impossibilidade de agravamento da pena, uma vez que pendente de julgamento apenas o apelo da defesa.

Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. FURTO TENTADO. PRISÃO PREVENTIVA. SENTENÇA CONDENATÓRIA SUPERVENIENTE. NEGATIVA DE APELO EM LIBERDADE. TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. DESPROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Caso em que a sentença condenou a ré por crime de furto tentado, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade em razão de ter sido mantida presa durante toda a instrução criminal e por vislumbrar a possibilidade de que, uma vez em liberdade, a paciente se evada do distrito da culpa, frustrando o cumprimento da pena.

3. Mostra-se desproporcional a manutenção da custódia cautelar da paciente, a qual foi condenada à pena de 11 meses e 09 dias de reclusão e se encontra presa preventivamente desde o dia 29/03/2015, notadamente diante da impossibilidade de agravamento da sanção, haja vista a ausência de recurso da acusação. Precedentes.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar a imediata expedição do alvará de soltura em favor da paciente, assegurando-lhe o direito de permanecer em liberdade até o trânsito em julgado da condenação, se por outro motivo não estiver presa.

(HC 328.539/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, Julgamento em 15/09/2016, DJe 23/09/2016).

Diante do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo **concedo** a ordem, de ofício, para fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser estabelecida pelo Tribunal de origem, assim como para deferir à paciente o benefício de aguardar em liberdade o julgamento da apelação, salvo se por outro motivo estiver presa.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0041462-5

HC 389.972 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00092689120168260269 20128012120178260000 2016002008 92689120168260269

EM MESA

JULGADO: 27/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: IUSCIA DUTRA BARBOZA - RS082003
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JULIANA DA SILVA AYRES (PRESO)

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.