



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 310.870 - SP (2014/0320453-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : CLAUDINEI GONÇALVES CAMPOS
ADVOGADO : CLAUDINEI GONÇALVES CAMPOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FERNANDO MACEI EVANGELISTA DO VAL

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). DESPROPORCIONALIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. MODO INICIAL ABERTO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MATÉRIA NÃO SUBMETIDA À APRECIÇÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. 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. Embora a jurisprudência desta Corte admita a imposição de regime mais severo quando valorada a quantidade de droga, em uma das fases da dosimetria da pena, seja no aumento da pena-base, seja na definição do patamar de redução do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a **excepcionalidade do caso** recomenda a concessão da ordem de ofício, uma vez que o Juiz sentenciante considerou o regime aberto como o suficiente para o cumprimento da pena reclusiva, diante da primariedade do agente, de seus bons antecedentes e do fato de que ele estava no "desempenho de atividade lícita".
3. A possibilidade de substituição da pena corporal por restritivas de direitos não foi objeto de exame pela Corte de origem, o que impede seu conhecimento por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância.
4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de, confirmando a liminar, fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

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 Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de março de 2016(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 310.870 - SP (2014/0320453-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : CLAUDINEI GONÇALVES CAMPOS
ADVOGADO : CLAUDINEI GONÇALVES CAMPOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FERNANDO MACEI EVANGELISTA DO VAL

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **FERNANDO MACEI EVANGELISTA DO VAL**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (APC n. 0013082-37.2013).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa.

Em grau recursal, o Tribunal de origem deu provimento ao apelo ministerial a fim de fixar o regime inicial fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Nesta Corte, o impetrante alega manifesto constrangimento ilegal, pois, "como bem observou a Magistrada sentenciante de primeiro grau, o paciente tem o direito de iniciar o cumprimento da reprimenda já no regime aberto, uma vez que é primário de bons antecedentes e exerce atividade lícita, assim como, a pena base foi fixada mínimo legal e reduzida em 1/3 (um terço), nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06". Ressaltou ainda, que 'não há provas de que o mesmo se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa' (e-STJ, fl. 2).

Requer, assim, a concessão da ordem para que alterado o regime prisional para o aberto e seja substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi deferida para que o paciente aguardasse no regime aberto o julgamento definitivo deste *mandamus* (e-STJ, fls. 79-82).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 16-59), o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem (e-STJ, fls. 108-111).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 310.870 - SP (2014/0320453-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : CLAUDINEI GONÇALVES CAMPOS
ADVOGADO : CLAUDINEI GONÇALVES CAMPOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FERNANDO MACEI EVANGELISTA DO VAL

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). DESPROPORCIONALIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. MODO INICIAL ABERTO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MATÉRIA NÃO SUBMETIDA À APRECIÇÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. 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. Embora a jurisprudência desta Corte admita a imposição de regime mais severo quando valorada a quantidade de droga, em uma das fases da dosimetria da pena, seja no aumento da pena-base, seja na definição do patamar de redução do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a **excepcionalidade do caso** recomenda a concessão da ordem de ofício, uma vez que o Juiz sentenciante considerou o regime aberto como o suficiente para o cumprimento da pena reclusiva, diante da primariedade do agente, de seus bons antecedentes e do fato de que ele estava no "desempenho de atividade lícita".
3. A possibilidade de substituição da pena corporal por restritivas de direitos não foi objeto de exame pela Corte de origem, o que impede seu conhecimento por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância.
4. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de, confirmando a liminar, fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

VOTO

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

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Nesse contexto, passo ao exame das supostas ilegalidades apontadas pela defesa. O Juiz sentenciante procedeu à individualização da pena nos seguintes termos:

"Ao delito descrito pelo artigo 33 da Lei 11.343/06 são cumulativamente cominadas as penas de reclusão e multa. Consideradas as circunstâncias elencadas pelo artigo 59 do Código Penal, as quais não chegam a ser desfavoráveis ao acusado, fixo a pena-base no mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Aplico a causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, **no patamar mínimo de um terço diante da quantidade grande de droga que foi encontrada com o acusado**, mas, ainda assim, considerando as suas condições pessoais favoráveis, ausente demonstração de vínculo à associação ou organização criminosa. As penas do acusado, vão, assim, a 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa. **Fixo regime inicial aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade pela prática do delito descrito no artigo 33 da Lei 11.343/06. O acusado é primário e portador de bons antecedentes, havendo desempenho de atividade lícita o que indica que o regime inicial menos gravoso é adequado ao inicial cumprimento da pena privativa de liberdade, ora imposta.** O acusado informou que aceitou levar a droga por estar em dificuldades financeiras, situação que, obviamente, não justifica o grave delito perpetrado, mas confere condições de se aferir requisitos subjetivos que indicam não ser criminoso contumaz. À míngua de pleno esclarecimento acerca das condições econômicas do acusado, fixo o valor unitário do dia-multa no mínimo legal, devendo ser observados os critérios especiais para cálculo preceituados pela Lei 11.343/06 quanto ao delito descrito no artigo 33 da Lei 11.343/06. Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE a denúncia, para o fim de Condenar o réu FERNANDO MACEI EVANGELISTA DO VAL, filho de Joaquim Evangelista do Vai e de Wilma Macei Evangelista do Vai, identificado à folha 23, por infração ao preceituado pelo artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, às penas de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo." (e-STJ, fls. 14-15, grifou-se.)

O Tribunal de origem, ao prover o recurso ministerial para estabelecer o regime inicial fechado, assim consignou:

"O réu foi surpreendido transportando nove tijolos e meio de maconha, pesando cerca de sete quilos e meio. É quantidade expressiva, capaz de causar grande dano a saúde pública. Demonstrada, desta maneira, a necessidade de maior rigor na fixação do regime de cumprimento de pena. Assim, é procedente a pretensão ministerial. Não há o que alterar: pena-base fixada no piso, cinco anos de reclusão e pagamento de quinhentos dias-multa, diminuída em um terço com a incidência do art. 33, § 4º, da Lei de Entorpecentes. A fração se justifica pelo volume apreendido, ficando a pena final em três anos e quatro meses de reclusão em regime inicial fechado, e pagamento de trezentos e trinta e três dias-multa, no piso legal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pelo exposto, meu voto dá provimento ao recurso, fixando o regime fechado para cumprimento inicial da pena." (e-STJ, fl. 19.)

Inicialmente, convém anotar que, na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com a preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal

Na hipótese, verifica-se que o Tribunal *a quo* ao alterar o regime inicial de cumprimento de pena para o fechado, como resultado do provimento do recurso ministerial, considerou a expressiva quantidade de droga apreendida com o paciente (9 tijolos e meio de maconha, com peso de 7.780g – e-STJ. fl. 13).

Embora, de fato, a jurisprudência desta Corte admita a imposição de regime mais severo quando valorada a quantidade de droga, em uma das fases da dosimetria da pena, seja no aumento da pena-base, seja na definição do patamar de redução do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à vista da **excepcionalidade do caso**, o regime aberto é o mais adequado para o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade. Isso porque, como destacado pelo Juiz sentenciante, além de o paciente ser primário, de bons antecedentes, ele estava no "desempenho de atividade lícita", o que são razões idôneas para a definição do regime mais brando.

Assim, concluído pelo Juiz de primeiro grau, o mais próximo à realidade dos fatos, que o regime aberto é suficiente para à prevenção e à reparação da conduta praticada pelo paciente, a ordem merece ser concedida de ofício.

Nesse sentido:

"- Somente quando a dosimetria da pena mostrar-se teratológica é que deve ser modificada a reprimenda imposta pelo Juízo de primeiro grau, respeitando-se sua discricionariedade e valorizando a condição de que é ele que está mais próximo dos fatos e da realidade local.

Ademais, para se modificar as conclusões das instâncias ordinárias relativas à dosimetria da pena, mostra-se necessário o reexame aprofundado do conjunto fático-probatório, providência incompatível com os estreitos limites do remédio heroico.

Habeas corpus não conhecido."

(HC 184.325/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro ERICSON MARANHÃO, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP, SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2015, DJe 04/12/2015.)

Por fim, quanto à possibilidade de substituição da pena corporal por restritivas de direitos, é inviável sua análise, visto que o tema não foi objeto de exame pela Corte local, sob pena de indevida supressão de instância. A propósito:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO RECLUSIVA. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. (...). WRIT NÃO CONHECIDO.

1. O pleito de substituição da sanção reclusiva não foi examinado pelo Tribunal de origem, não podendo, assim, ser apreciada a tese por este Superior Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

4. Habeas corpus não conhecido."

(HC 340.813/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 01/02/2016.)

Ante o exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, a fim de, confirmando a liminar deferida, fixar o regime aberto como o inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0320453-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 310.870 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00130823720138260554 130823720138260554 20140000679602

EM MESA

JULGADO: 01/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO JOSÉ GISI**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: CLAUDINEI GONÇALVES CAMPOS
ADVOGADO	: CLAUDINEI GONÇALVES CAMPOS
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: FERNANDO MACEI EVANGELISTA DO VAL

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

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 Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.