



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 320.627 - SP (2015/0078834-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUANA TRINO DE MEDEIROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LIDIANE CRISTINE DE OLIVEIRA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MATÉRIA NÃO SUBMETIDA À APRECIACÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 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. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, na gravidade abstrato do delito. Precedentes.
3. Estabelecida a pena definitiva em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e sendo desfavorável uma das circunstâncias judiciais (a expressiva quantidade de droga apreendida – 4 tijolos de maconha e 166 porções de maconha), que justificou o aumento da pena-base acima do mínimo legal, o regime prisional semiaberto (o imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.
4. 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.
5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de, confirmando a liminar, fixar o regime inicial semiaberto 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 320.627 - SP (2015/0078834-1)

RELATOR	MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	LUANA TRINO DE MEDEIROS
IMPETRADO	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	LIDIANE CRISTINE DE OLIVEIRA (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **LIDIANE CRISTINE DE OLIVEIRA**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que a paciente foi condenada à pena de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 194 (cento e noventa quatro) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, visto que tinha, em depósito, 4 tijolos de maconha (307,6g) e 166 porções de maconha (90,2g), sem autorização e em desacordo com determinação legal.

A defesa interpôs *habeas corpus* na origem, contudo o *writ* foi denegado.

Inconformada, a impetrante manejou o *writ* em análise, no qual alega constrangimento ilegal porquanto, sendo as circunstâncias judiciais favoráveis e a paciente primária, ela tem o direito ao cumprimento da pena em regime aberto e à substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja fixado o regime mais brando de cumprimento de pena e seja deferida a permuta legal.

A liminar foi deferida para que a paciente aguardasse o julgamento do mérito deste *habeas corpus* no regime semiaberto (e-STJ, fls. 79-83).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 103-122 e 124-155), manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 97-101).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 320.627 - SP (2015/0078834-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUANA TRINO DE MEDEIROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LIDIANE CRISTINE DE OLIVEIRA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MATÉRIA NÃO SUBMETIDA À APRECIÇÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 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. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, na gravidade abstrato do delito. Precedentes.

3. Estabelecida a pena definitiva em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e sendo desfavorável uma das circunstâncias judiciais (a expressiva quantidade de droga apreendida – 4 tijolos de maconha e 166 porções de maconha), que justificou o aumento da pena-base acima do mínimo legal, o regime prisional semiaberto (o imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

4. 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.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de, confirmando a liminar, fixar o regime inicial semiaberto 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 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 a justificar a concessão da ordem de ofício.

Nesse contexto, passo ao exame das supostas ilegalidades apontadas pela defesa.

Conforme relatado, a paciente foi condenada como incurso no art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei n. 11.343/2006 à pena de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime fechado, e ao pagamento de 194 (cento e noventa quatro) dias-multa, porque tinha, em depósito, 4 tijolos de maconha (307,6g) e 166 porções de maconha (90,2g), sem autorização e em desacordo com determinação legal.

O Juiz sentenciante fixou o regime inicial fechado e indeferiu a substituição da pena corporal por restritiva de direito, nos seguintes termos:

"A despeito da primariedade da ré Lidiane, as demais circunstâncias que cercam o caso justificam uma maior reprovabilidade de sua conduta. Com efeito, **a quantidade de entorpecente era bastante expressiva. Foram apreendidos, é bom reiterar 166 invólucros de "maconha". Além destes, foram apreendidos mais 4 "tijolos" da mesma substância.** O potencial comercial de tal quantidade não pode ser menosprezado. Dessa forma, **atento aos critérios dados pelos art. 42 da lei de drogas, fixo a pena base acima do limite mínimo e com o acréscimo de 1/5 da pena, obtendo-se por consequência, a pena de 5 e 10 meses de reclusão e ao pagamento de 583 dias-multa.** Não há circunstâncias agravantes ou atenuantes. A admissão da existência do entorpecente feita pela ré não pode, no presente caso, servir como confissão espontânea. Afinal, procurou ela fazer crer que era mera usuária. fato que as provas revelaram não ser verdadeiro. Mantenho, dessa forma, a pena nos padrões fixados. Reconheço presente, contudo, a causa de diminuição prevista pelo artigo 33, parágrafo 4º da Lei de tóxicos. Com efeito, a ré é primária e não registra antecedentes criminais. Não há, ademais, prova de seu envolvimento em atividades ilícitas ou mesmo em organizações criminosas. Caso estivesse integrada a alguma organização criminosa, por certo, estaria em condições financeiras melhores. Ademais, a quantidade de entorpecente já serviu de base. por este juízo para exasperar a pena base. Não poderia ser referida, novamente, como um fator negativo a ponto de impedir o redutor. Atento a tais aspectos e, sobretudo, às condições subjetivas favoráveis, diminuo a pena em 2/3, obtendo-se, por conseguinte, a pena final de 1 (um) ano e 11 meses e 10 dias de reclusão e ao pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa. No mais, tratando-se de imputação de comércio íleso!

No mais, tratando-se de imputação de comércio ilegal de drogas, a imposição de regime mais brando, mostra-se inadequada em razão da gravidade natural da conduta criminosa. Aliás, o tráfico de entorpecentes propicia o enriquecimento fácil às custas do consumo e, sobretudo, do vício de alguns. **Não se pode olvidar, por fim, da quantidade expressiva de entorpecente fato que, inclusive, conferiu uma maior reprovabilidade no contexto das circunstâncias judiciais.** Por tais razões e atento à finalidade retributiva e também preventiva da sanção penal, fixo o regime inicial fechado. (...) Incabível a substituição por pena restritiva de direitos, pois, a gravidade e a reprovabilidade do comportamento são incompatíveis com o regime jurídico mais brando das penas alternativas, tanto é que se reconheceu no caso a necessidade de imposição de regime inicial fechado." (e-STJ, fls. 60-61, grifou-se.)

Por sua vez, o Tribunal de origem, ao afastar qualquer ilegalidade na definição do regime mais severo de cumprimento de pena, consignou:

"Ademais, como já salientado, a presente ação constitucional não se presta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a esta situação específica, qual seja, alterar regime de pena ou conceder benefício, tal análise vai ao encontro do entendimento pretoriano:

'Este Sodalício orienta que, aos condenados por tráfico de entorpecentes, cuja a reprimenda final restou estabelecida em menos de quatro anos, mesmo assim, tendo em conta a natureza e a droga, não há como alterar o regime prisional, fixado de maneira mais gravosa, ao menos através da via mandamental'

a grande quantidade de droga apreendida, 166 porções de maconha mais tijolos da mesma droga que indicam profissionalização, vez que a um iniciante e sem experiência na traficância teria montante substancial de entorpecentes." (e-STJ, fl. 14.)

Inicialmente, convém anotar que a obrigatoriedade do 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 Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

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, observar o 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.

Como se observa, a sentença condenatória fixou o regime inicial fechado com fundamento na "gravidade natural da conduta criminosa" e "na quantidade expressiva de entorpecente".

A reiterada jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que "a gravidade abstrata do delito de tráfico de entorpecentes não serve de fundamento para a fixação do regime inicial fechado, tampouco para a negativa do benefício da liberdade provisória, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.464/2007, e de parte do art. 44 da Lei nº 11.343/2006. 3. O discurso judicial que se apresenta puramente teórico, carente de real elemento de convicção não justifica o regime mais severo para o cumprimento da pena privativa de liberdade." (HC 327.726/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2015, DJe 16/12/2015.)

Entretanto, estabelecida a pena definitiva em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e valorada negativamente as circunstâncias do delito (expressiva quantidade de droga apreendida), que justificou o aumento da pena-base, o regime prisional **semiaberto** (o imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL ABERTO DE CUMPRIMENTO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. DESFAVORABILIDADE DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS, NATUREZA E DIVERSIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Embora a acusada haja sido definitivamente condenada a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, a desfavorabilidade de três circunstâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

judiciais, a natureza e a diversidade das drogas apreendidas (uma porção de maconha, pesando 26,31 gramas, e uma porção de *crack*, com peso de 24,80 gramas) efetivamente justificam a fixação do regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. Agravo regimental não provido."

(AgRg no AREsp 785.585/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016.)

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO. SÚMULA N. 83 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

- A presença de circunstância judicial desfavorável justifica a imposição do regime prisional semiaberto, a despeito de a pena aplicada ser inferior a quatro anos."

(AgRg no AREsp 755.696/MG, Rel. Ministro ERICSON MARANHO, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2015, 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.

(...)

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.)

Diante do exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, a fim de, confirmando a liminar deferida, fixar o regime semiaberto 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: 2015/0078834-1

HC 320.627 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00518497020148260050 10492014 1155168 20498592920158260000 3532014
518497020148260050

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	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: LUANA TRINO DE MEDEIROS
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: LIDIANE CRISTINE DE OLIVEIRA (PRESO)
CORRÉU	: FERNANDA LEITE DA SILVA

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