



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 325.065 - SP (2015/0123669-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : NATALIA DA COSTA NORA BUGNER
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAYNER ARNALDO DA SILVA PACAGNELA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E RECEPÇÃO. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO E NATUREZA HEDIONDA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. QUANTIDADE DA DROGA. INSUFICIÊNCIA DA BENESSE. *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. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/6/2012).
3. Condenado o paciente à pena definitiva de 2 anos e 8 meses de reclusão, em razão da aplicação do concurso material entre os delitos de receptação e tráfico de drogas, e sendo desfavorável uma das circunstâncias do art. 59 do CP, que justificou o aumento da pena-base (quantidade da droga – 412,5g de maconha), o regime semiaberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "b", § 3º, do Código Penal.
4. Valorada negativamente as circunstâncias do delito, em razão da quantidade da droga apreendida com o paciente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos é incabível por não atender um dos requisitos legais (art. 44, III, do CP).
5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar deferida, fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 325.065 - SP (2015/0123669-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : NATALIA DA COSTA NORA BUGNER
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAYNER ARNALDO DA SILVA PACAGNELA (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **RAYNER ARNALDO DA SILVA PACAGNELA**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 176 (cento e setenta e seis) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e art. 180, *caput*, do Código Penal, em concurso material, porque guardava 412,5g de maconha, dividida em 41 porções e 1 tijolo, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, além de ocultar, em proveito próprio, coisa que sabia ser produto de crime (motocicleta Honda Biz, Placa FJF5837).

Interposta apelação pela defesa, o recurso foi parcialmente provido, apenas para estipular o modo intermediário de cumprimento da pena para o crime de receptação.

Nesta Corte, a impetrante alega constrangimento ilegal, pois o regime mais severo foi fixado com base na gravidade abstrata do delito e na suposta equiparação do delito de tráfico de drogas a crime hediondo. Sustenta contrariedade aos Enunciados Sumulares n. 718 e 719 do STF. Assevera que, quanto ao regime de receptação, o modo inicial de cumprimento da sanção deve ser o aberto. Aduz, por fim, que o paciente tem direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito porque preenchidos os requisitos do art. 44 do CP.

Requer, assim, a concessão da ordem para que "o paciente aguarde em liberdade ou em regime aberto o trânsito em julgado da ação penal".

A liminar foi deferida para que o paciente aguardasse o julgamento do mérito deste *habeas corpus* no regime semiaberto (e-STJ, fls. 74-78).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 92-108), manifestou-se o Ministério Público Federal pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 116-124).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 325.065 - SP (2015/0123669-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : NATALIA DA COSTA NORA BUGNER
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAYNER ARNALDO DA SILVA PACAGNELA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E RECEPÇÃO. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO E NATUREZA HEDIONDA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. QUANTIDADE DA DROGA. INSUFICIÊNCIA DA BENESSE. *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. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/6/2012).
3. Condenado o paciente à pena definitiva de 2 anos e 8 meses de reclusão, em razão da aplicação do concurso material entre os delitos de receptação e tráfico de drogas, e sendo desfavorável uma das circunstâncias do art. 59 do CP, que justificou o aumento da pena-base (quantidade da droga – 412,5g de maconha), o regime semiaberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "b", § 3º, do Código Penal.
4. Valorada negativamente as circunstâncias do delito, em razão da quantidade da droga apreendida com o paciente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos é incabível por não atender um dos requisitos legais (art. 44, III, do CP).
5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar deferida, fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Conforme relatado, o paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e art. 180, *caput*, do Código Penal, em concurso material, visto que guardava 412,5 gramas de maconha, sem autorização e em desacordo com determinação legal, além de ocultar, em proveito próprio, coisa que sabia ser produto de crime.

O Juiz sentenciante procedeu à individualização da pena, nos seguintes termos:

"Tráfico

Na dosagem da reprimenda, atenta aos antecedentes, à culpabilidade, à quantidade de entorpecentes apreendido e as demais diretrizes do artigo 59 do Código Penal, fixo a pena base do acusado, **majorada de 1/6, tendo em conta que foi apreendido um tijolo de maconha**, com peso de 412.95 gramas, a importar o subtotal de cinco anos e dez meses de reclusão e pagamento de quinhentos e oitenta e três dias-multa, com base no artigo 33, *caput*, combinado com artigo 42. ambos da Lei n° 11.343/06. Confesso e menor, torno a pena ao mínimo legal.

Tendo em vista a primariedade do acusado e a não vinculação do réu à organização criminosa, aplico a regra contida no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n° 11.343/06. e reduzo a sua pena em dois terços (2/3). Tomo definitivo o quantum da pena em um ano e oito meses de reclusão e pagamento de cento e sessenta e seis dias-multa.

Receptação

Na dosagem da reprimenda, atenta aos antecedentes, à culpabilidade e às demais diretrizes do art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base do acusado no mínimo legal, ou seja, em um ano de reclusão e dez dias-multa, tendo em vista o preceito sancionador do art. 180, *caput*, do Código Penal.

Confesso e menor, mas sem repercussão na fixação da reprimenda porque fixada no mínimo legal.

Ante a inexistência de outras atenuantes, torno definitivo o *quantum* da pena pela receptação em um ano de reclusão e pagamento de dez dias-multa.

A vista das **circunstâncias judiciais desfavoráveis apontadas na primeira fase da dosimetria da pena**, inviável conceder-se ao acusado substituição da reprimenda privativa de liberdade, sursis ou regime aberto.

Consideradas as **circunstâncias judiciais desfavoráveis** apontadas na pena do tráfico, a quantidade relativa de entorpecentes acondicionados pelo acusado no local, bem ainda, a existência do tráfico cometido **em concurso material com delito de receptação**, de rigor, impor-se ao acusado cumprimento de pena em regime inicial fechado, único capaz de atender aos critérios de prevenção e repressão do caso em tela." (e-STJ, fls. 27-28, grifou-se.)

Instada a se manifestar quanto ao regime inicial de cumprimento de pena e à possibilidade da permuta legal ao paciente, a Corte de origem assim consignou:

"Não há porque recrudescer a sanção, porque se por um lado a razoável quantidade de droga apreendida estava a exigir maior rigor na retribuição, por outro lado não se pode desconsiderar a confissão espontânea e a menoridade relativa do Apelante, circunstâncias atenuantes que devem incidir de alguma forma para beneficiá-lo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A substituição da privação de liberdade por restrição de direitos é inviável, porque o tráfico de substância entorpecente é conduta das mais deletérias, que atenta contra a saúde e até mesmo a vida de considerável parcela da população, composta basicamente por jovens adolescentes, os quais, uma vez iniciados no vício, raramente dele conseguem se livrar. Além disso, se constitui em porta aberta para o cometimento de outros crimes, notadamente voltados contra o patrimônio, sabido que não raro usuário destituído de capacidade econômica subtrai bens alheios para conseguir dinheiro para sustentar o vício. Cuida-se, ademais, de conduta equiparada a crime hediondo. Tudo, enfim, a justificar maior rigor na retribuição.

Pela mesma razão, não se cogita do abrandamento do regime prisional.

No que diz respeito à receptação, contudo, o regime intermediário é mais razoável, considerando que aqui não se tem a presença da hediondez do crime." (e-STJ, fls. 59-60.)

Inicialmente, convém destacar 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, 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.

No caso em apreço, observa-se que o regime prisional mais rigoroso, tanto para a condenação pelo crime de tráfico quanto para o delito de receptação, foi imposto sem qualquer motivação idônea. A reiterada jurisprudência desta Corte é de que a natureza hedionda e a gravidade abstrata do delito não justificam a definição do modo mais severo de cumprimento da pena.

Confirmam-se:

"[...] 2. É certo 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, nem mesmo a prisão provisória, máxime diante das peculiaridades do caso concreto, em que o acusado foi flagrado com 6,4 g de cocaína e condenado a 1 ano e 8 meses de reclusão, com apelação interposta apenas pela defesa, pendente de julgamento."

(HC 327.726/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2015, DJe 16/12/2015.)

"[...] - O regime inicial fechado e a não substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos foram baseados na gravidade abstrata do delito e no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, fundamentos considerados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inidôneos pela jurisprudência desta Corte.

[...]

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juízo da Vara de Execuções Criminais, com base em dados concretos, decida acerca da possibilidade de fixar ao paciente regime inicial mais brando de cumprimento de pena, bem como avalie a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos."

(HC 329.872/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 17/12/2015.)

Do mesmo modo, carece de motivação válida o acórdão impugnado no ponto em que afirmou ser o regime intermediário o "mais razoável" para a execução da pena, quanto ao delito de receptação, sem a indicação de qualquer dado concreto que demonstrasse a justificativa de tal escolha.

Entretanto, considerando o *quantum* da condenação definitiva (2 anos e 8 meses de reclusão), como decorrência da aplicação do concurso material entre os crimes de receptação e de tráfico de drogas, bem como a valoração negativa das circunstâncias do delito, que justificou o aumento da pena-base (a quantidade de droga apreendida), o regime prisional **semiaberto** 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 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 MARANHÃO, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 17/12/2015.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em 27/10/2015, DJe 04/12/2015.)

No que tange ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não se identifica o apontado constrangimento sustentado pela impetrante.

Vale lembrar que a Suprema Corte, na análise do HC 97.256/RS, também reconheceu a inconstitucionalidade das expressões contidas no art. 44 e § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" e "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", que foram, inclusive, suprimidas do texto legal por meio da edição da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal.

Desse modo, não há qualquer óbice à concessão da permuta legal aos sentenciados pelo delito de tráfico de drogas desde que preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal.

Na hipótese, considerada como desfavorável uma das circunstâncias do art. 59 do CP (quantidade de droga), de fato, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra suficiente, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP).

Sobre o tema, os seguintes julgados:

"- Considerando a existência de circunstância judicial desfavorável, não há falar em flagrante ilegalidade quanto à inaplicabilidade do art. 44, III, do CP, estando justificada a negativa da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos."

(HC 335.103/PE, Rel. Ministro ERICSON MARANHO, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 04/02/2016.)

"1. A presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente a quantidade da droga apreendida (acima de 19 kg de maconha), é fundamento idôneo para negar a benesse relativa à substituição da pena privativa de liberdade por sanções alternativas, conforme o disposto no inciso III do art. 44 do Código Penal. Precedentes."

(AgRg no REsp 1385704/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 05/02/2016.)

Ante o exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para, confirmando a liminar, fixar o regime inicial semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0123669-4

HC 325.065 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00188618320148260506 10622014 188618320148260506 20150000151606

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	: NATALIA DA COSTA NORA BUGNER
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: RAYNER ARNALDO DA SILVA PACAGNELA (PRESO)

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.