



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 327.852 - SP (2015/0147529-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : ANDRÉ RICARDO DE LIMA E OUTRO
ADVOGADO : ANDRÉ RICARDO DE LIMA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABRICIO HENRIQUE BATISTA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PENA INFERIOR À 4 (QUATRO) ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. ENUNCIADOS 440 DO STJ E 718 E 719 DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 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. Conforme o entendimento reiterado desta Corte, a gravidade abstrata acerca do crime, não justifica a fixação de regime prisional mais gravoso, sobretudo quando o condenado é primário e detentor de bons antecedentes e a pena-base foi fixada no mínimo legal, como na hipótese. Viola o entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça e nas Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

3. O *quantum* da condenação (3 anos e 6 meses), 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.

4. Havendo o paciente preenchido os requisitos do art. 44 do Código Penal, deve a pena corporal ser substituída por penas restritivas de direitos.

5. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo competente.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gurgel de Faria.

Brasília (DF), 1º de dezembro de 2015(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 327.852 - SP (2015/0147529-4)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : ANDRÉ RICARDO DE LIMA E OUTRO
ADVOGADO : ANDRÉ RICARDO DE LIMA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABRICIO HENRIQUE BATISTA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **FABRÍCIO HENRIQUE BATISTA**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (e-STJ, fls. 542-543):

"PRELIMINARES - Alegação de *bis in idem*

Inocorrência - Réu que foi condenado por tráfico, sendo julgado, neste, por associação;

Interceptação telefônica - Nulidade inexistente

Prova devidamente autorizada e iniciada não por denúncia anônima, mas sim após investigações decorrentes de três inquéritos policiais relacionados com apreensões de drogas; Perícia de voz - Desnecessidade - Prova produzida que não deixa dúvida quanto à identificação dos interlocutores - Réus, que, por outro lado, apesar de autorizada a perícia, deixaram de se manifestar a respeito, precluindo a produção da prova requerida, tendo um deles se recusado a fornecer material vocal; Causas de aumento de pena que vieram corretamente descritas na denúncia, possibilitando a ampla defesa dos réus.

TRÁFICO DE ENTORPECENTES, POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO

Materialidade e autoria bem comprovadas

Sentença confirmada, quanto ao mérito das condenações efetivadas, por seus próprios fundamentos, nos termos do art. 252, do R.I.

Condenações dos réus Maria José e Gerciel

Bem comprovado o envolvimento de ambos na associação criminosa - Recurso ministerial provido neste tópico, restando insuficiente a prova produzida no tocante aos demais recorridos.

Adequação das penas do réu Itamar, afastando-se a continuidade delitiva entre os tráficos, e majoração das básicas de Rafael, Alisson, Mauro, Caio, Maria Benedita, Reinaldo, Marcelo, Valdecir - Reconhecimento de causas de aumento de pena, quanto aos recorridos, que carecem de suficiente conjunto probatório.

Alteração do índice de redução decorrente da semi-imputabilidade, para os réus Valdecir, Cristian e Márcio, para 1/3, e afastamento da semi-imputabilidade inadequadamente reconhecida para Edmilson.

Regime prisional - Fixação do inicial fechado para todos os réus, afastando-se o RDD imposto a Itamar, Leandro, Sérgio, Antônio Adelson e Osvaldo.

Provimento parcial ao recurso ministerial e aos recursos defensivos de Itamar, Leandro, Sérgio, Antônio Adelson e Osvaldo, desprovidos os demais."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, como incurso no art. 35, *caput*, c/c art. 40, IV, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ, fls. 68-534).

A Defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, contudo, a sentença foi mantida por seus próprios fundamentos (e-STJ, fls. 540-599).

Inconformado, o impetrante manejou o *writ* em análise, na qual alega, em síntese, constrangimento ilegal porquanto fixado o regime semiaberto sem fundamentação idônea e em desacordo com o art. 33 do Código Penal.

Requer a concessão da ordem para que seja fixado regime de cumprimento da pena mais brando e que seja substituída a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito.

A liminar foi deferida para assegurar ao paciente o direito de aguardar o julgamento do mérito do *mandamus* em análise em regime aberto (e-STJ, fls. 615-618).

As informações foram prestadas (e-STJ, fls. 632-960) e o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem de ofício, para estabelecer o regime prisional aberto, como o inaugural para o cumprimento da pena (e-STJ, fls. 966-970).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 327.852 - SP (2015/0147529-4)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : ANDRÉ RICARDO DE LIMA E OUTRO
ADVOGADO : ANDRÉ RICARDO DE LIMA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABRICIO HENRIQUE BATISTA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PENA INFERIOR À 4 (QUATRO) ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. ENUNCIADOS 440 DO STJ E 718 E 719 DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 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. Conforme o entendimento reiterado desta Corte, a gravidade abstrata acerca do crime, não justifica a fixação de regime prisional mais gravoso, sobretudo quando o condenado é primário e detentor de bons antecedentes e a pena-base foi fixada no mínimo legal, como na hipótese. Viola o entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça e nas Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.
3. O *quantum* da condenação (3 anos e 6 meses), 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.
4. Havendo o paciente preenchido os requisitos do art. 44 do Código Penal, deve a pena corporal ser substituída por penas restritivas de direitos.
5. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo competente.

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.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, como incurso no art. 35, *caput*, c/c art. 40, IV, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ, fls. 68-534).

O Juízo de primeiro grau, na dosimetria da pena, assim fundamentou a decisão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(e-STJ, fls. 518-519):

"31) **FABRÍCIO HENRIQUE BATISTA** vulgo "Fabrício", foi denunciado como incurso no art. 35, combinado com o artigo 40, incisos III e VI, ambos da Lei Federal n. 11.343/06,

1ª Fase da fixação da pena.

As circunstâncias do art. 59 do Código Penal são favoráveis ao réu Fabrício, sendo primário na data do fato e portador de bons antecedentes, pelo que deve a pena, com relação ao crime do art. 35 da Lei 11.343/06, ser inicialmente fixada em 3 anos de reclusão e 700 dias-multa.

2ª Fase da fixação da pena.

Na segunda fase de fixação da pena, não há circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas, devendo a pena ser mantida no mínimo.

3ª Fase da fixação da pena.

Foi demonstrada a qualificadora indicada na denúncia, prevista no art. 40, VI, da Lei 11.343/06, referente ao envolvimento de menores no crime de associação, em relação ao réu Fabrício, devendo a pena ser elevada de 1/6, atingindo 3 anos e 6 meses de reclusão e 816 dias-multa, no valor mínimo. Quanto ao crime do art. 35 da Lei de Tóxicos, descabe a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, parágrafo quarto da Lei 11.343/06, visto que o tipo penal é incompatível com tais circunstâncias, sendo aplicável apenas ao crime de tráfico. Não há causas de diminuição da pena. Assim, a pena imposta ao acusado Fabrício totaliza, pela prática do crime previsto no art. 35, "caput", c.c art. 40, VI, ambos da Lei 11.343/06, 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa, no patamar mínimo." (grifo no original.)

Quanto ao regime inicial e à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, assentou a sentença (e-STJ, fls. 528-531):

"CONDENO os réus:

(...)

FABRÍCIO HENRIQUE BATISTA, vulgo "Fabrício", pela prática do crime previsto no art. 35, "caput", c.c art. 40, VI, ambos da Lei 11.343/06, à pena de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa, no patamar mínimo.

Os critérios estabelecidos no art. 33 do Código Penal devem ser sopesados com as condições subjetivas do acusa, bem como das circunstâncias em que o crime foi praticado e consequências sociais.

Como já exposto acima, o crime imputado aos acusados, previsto no art. 35 da Lei 11.343/06, é extremamente grave, causa gravíssimo distúrbio social, envolvendo em rede criminosa um número elevado de pessoas, algumas das quais identificadas no presente feito. Sua forma de organização e atuação dificulta a apuração dos fatos e a identificação dos responsáveis, envolve número indeterminado de menores, inseridos na criminalidade desde tenra idade, comandados mediante violência e ameaça de morte, persistindo a serviço da organização mesmo contra a própria vontade.

Tais elementos específicos que envolvem o presente feito, levam à conclusão de que os réus apresentam efetiva periculosidade e risco à ordem pública, mantendo, se em liberdade, a engrenagem que leva ao funcionamento, de forma cada vez mais desafiadora, de grupos destinados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao favorecimento de crimes, em especial o tráfico de drogas, equiparado aos hediondos.

Alguns dos acusados exerciam na associação funções de relevância e chefia, organizando a atuação dos demais, apresentando ainda maior periculosidade e risco à ordem pública.

(...)

Portanto, cabível a fixação do regime inicial fechado ou semiaberto, independentemente do montante de pena imposto, ressalvadas exceções, adiante indicadas.

(...)

A prova produzida demonstrou que os acusados Rafael Roberto, Everton Guilherme, Wellington Michi, Vinícius, Alisson, José Roque, André, Reinaldo Magalhães, Marcelo Muller, Valdecir, Wellington Aparecido, Camila, **Fabício** e Jessen, tinham participação menos relevante na associação para o tráfico, respondendo, alguns, por outros delitos em ações próprias, sendo todos primários, não obstante Reinaldo Magalhães e Jessen portadores de maus antecedentes. Além disso, já se encontram segregados há certo lapso de tempo, em decorrência da prisão cautelar decretada nestes autos. Cabível, pois, face a quantidade da pena imposta ao réus e sua primariedade, que sejam cumpridas inicialmente em regime semiaberto. Ausentes os requisitos subjetivos, conforme acima exposto, inviável a substituição das penas dos referidos acusados por penas alternativas." (grifou-se.)

O Tribunal assim consignou (e-STJ, fls. 576-577 e 599):

"Diante disso, a condenação imposta aos réus-apelantes era medida de rigor, restando comprovado que eles se associaram entre si e com terceiros para o fim de praticar, reiteradamente, o crime de tráfico. Esse fato restou suficientemente demonstrado na prova coligida, especialmente na degravação das interceptações telefônicas.

O conteúdo das conversas interceptadas não deixa dúvida de que os apelantes estavam associados para o tráfico de entorpecentes, sendo relevante anotar que se tratava de tráfico em larga escala, em grandes quantidades.

Também não há dúvida quanto à estabilidade e permanência da associação, demonstrada pelos seguros relatos das testemunhas ouvidas ao longo da instrução, especialmente nos depoimentos de MOACIR, e das testemunhas protegidas.

(...) mantida, no mais, a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos."

Conforme o entendimento reiterado desta Corte, a gravidade abstrata acerca do crime não justifica a fixação de regime prisional mais gravoso, sobretudo quando o condenado é primário e detentor de bons antecedentes e a pena-base foi fixada no mínimo legal, como na hipótese.

Sobre o tema, o verbete sumular 440 do STJ, a saber: "Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito."

O Supremo Tribunal Federal também possui orientação firmada sobre a matéria, nos verbetes n. 718 e 719, respectivamente: "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada" e "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

A propósito:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. PORTE DE ARMA DE USO RESTRITO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO NA LEI N. 6.368/76 EM CONCURSO MATERIAL. CONDENAÇÃO À PENA DE 6 ANOS DE RECLUSÃO. PENAS-BASES FIXADAS NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. ENUNCIADOS N. 440 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ E N. 718 E 719 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO, PARA FIXAR O REGIME INICIAL SEMIABERTO.

(...)

- Nos termos do Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". No mesmo sentido, são os Enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF. Ressalva do entendimento deste Relator.

- Fixada a pena-base no mínimo legal, ante a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, caracteriza constrangimento ilegal a fixação de regime mais gravoso que o inicialmente previsto em lei com base apenas a gravidade abstrata do crime cometido.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial semiaberto."

(HC 302.444/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 22/10/2015.)

Nesse contexto, verifica-se flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem, de ofício.

No caso, o *quantum* da condenação (3 anos e 6 meses), 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.

Do mesmo modo, havendo o paciente preenchido os requisitos do art. 44 do Código Penal, deve a pena corporal ser substituída por penas restritivas de direitos.

Diante do exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para fixar o regime aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo competente.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0147529-4

HC 327.852 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00050706720108260286 20140000312714 3552010 50706720108260286

EM MESA

JULGADO: 01/12/2015

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	: ANDRÉ RICARDO DE LIMA E OUTRO
ADVOGADO	: ANDRÉ RICARDO DE LIMA E OUTRO(S)
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: FABRICIO HENRIQUE BATISTA
CORRÉU	: ITAMAR BARBOSA DE FREITAS
CORRÉU	: LEANDRO PAULA VIEIRA
CORRÉU	: RAFAEL ROBERTO MACHADO BATISTA DE OLIVEIRA
CORRÉU	: EVERTON GUILHERME MICHÍ
CORRÉU	: WELINGTON MICHÍ DA SILVA
CORRÉU	: ISABEL DOS SANTOS DE SOUZA
CORRÉU	: VINÍCIUS GUSTAVO DOS SANTOS CARDOSO
CORRÉU	: ALISSON ROGELIN DOMINGUES
CORRÉU	: FERNANDO RAFAEL DE MELO PEREIRA
CORRÉU	: RODRIGO ALEXANDRE PARO
CORRÉU	: ANTONIO ADELSON BATISTA
CORRÉU	: ANTONIO ADELICIO BATISTA
CORRÉU	: DAVI APARECIDO DE SOUZA
CORRÉU	: ALBERTO CARDOSO
CORRÉU	: MAURO SÉRGIO DE ALMEIDA
CORRÉU	: EDMILSON CRISTIANO FRANCISCO
CORRÉU	: ÍCARO PEREIRA DA SILVA
CORRÉU	: JOSÉ ROQUE NICOLAU DA SILVA
CORRÉU	: CAIO DE JESUS DO CARMO
CORRÉU	: GERCIEL GERSON DE LIMA
CORRÉU	: MARIA BENEDITA PEREIRA DE FREITAS
CORRÉU	: CRISTIAN JOSÉ PEREIRA PINTO
CORRÉU	: ANDRÉ LUIZ PEREIRA PINTO
CORRÉU	: REINALDO MAGALHÃES
CORRÉU	: MARIA JOSÉ MIRANDA DE SOUZA
CORRÉU	: SÉRGIO ROSA DA CRUZ



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CORRÉU : MARCELO MULLER DE ALMEIDA CARDOSO
CORRÉU : VALDECIR RODRIGUES DA CUNHA
CORRÉU : ROBSON RODRIGUES DA CUNHA
CORRÉU : CAMILA FRANCESCHINELLI
CORRÉU : MARCIO APARECIDO DA CUNHA
CORRÉU : GIVALDO DOS SANTOS
CORRÉU : LEONARDO CORREA
CORRÉU : OSVALDO FONSECA
CORRÉU : JESSEN MALES BERTAZINI
CORRÉU : WELINGTON APARECIDO DOS SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Associação para a Produção e Tráfico 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 Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gurgel de Faria.