



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.359 - SP (2016/0326529-9)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JULIANA MARTINS DE CARVALHO MONNERAT
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RICARDO RIBEIRO DE OLIVEIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADO A 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. *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.

– Para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso do que comporta a pena, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

– Nos termos do entendimento firmado por esta Corte Superior de Justiça, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais severo. Na hipótese, o acórdão recorrido fundamentou a necessidade do regime fechado com base na quantidade, variedade e na nocividade das drogas apreendidas (*crack*, cocaína e maconha).

– Embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos (pena de 2



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anos e 6 meses de reclusão), cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, fazendo *jus* o paciente ao regime intermediário, qual seja, o semiaberto. Precedentes desta Corte.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto.

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.359 - SP (2016/0326529-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JULIANA MARTINS DE CARVALHO MONNERAT
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RICARDO RIBEIRO DE OLIVEIRA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de RICARDO RIBEIRO DE OLIVEIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0045870-98.2012.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 250 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 (fls. 15/21).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual não foi provido pelo Tribunal *a quo* (fls. 23/33).

Na presente impetração, a defesa sustenta haver constrangimento ilegal, ao fundamento de que o paciente faz *jus* ao regime inicial aberto, uma vez que *na fundamentação da sentença, a única razão ventilada para a negativa na fixação de regime menos severo que o fechado foi a gravidade em abstrato do crime de tráfico* (fl. 4) e *com fulcro no art. 33, § 3º, do Código Penal, o artigo 59 deve ser o norte para determinar o regime inicial de cumprimento da pena; assim, como a pena-base foi aplicada no mínimo legal, as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP são favoráveis aos pacientes* (fl. 5).

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, que seja fixado o regime inicial mais brando.

O pedido liminar foi deferido, em parte, para assegurar ao paciente o direito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de aguardar, no regime semiaberto, o julgamento do presente *habeas corpus* (fls. 41/44).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* e, se conhecido, pela denegação da ordem (fls. 83/87).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.359 - SP (2016/0326529-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 4ª Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca a defesa a modificação do regime imposto.

Como é cediço, 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.

Assim, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso do que comporta a pena, é necessária fundamentação específica, com base em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

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.

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis* :

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Examinando os autos, infere-se que o Tribunal *a quo* fixou a pena-base no mínimo legal e aplicou a minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na fração de 1/2, razão pela qual o paciente foi condenado à pena privativa de liberdade de 2 anos e 6 meses de reclusão. E, não obstante o *quantum* da condenação e a primariedade do acusado, estabeleceu-se o regime inicial fechado pelos seguintes fundamentos (fl. 29):

O regime inicial, malgrado esforço da combativa defesa em demonstrar o contrário não poderia ser outro que não o fechado, bem assim impossível a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos pois, a despeito da primariedade da agente e a pena ser inferior a 04 anos, os fatos são deveras graves e suas conseqüências são nefastas para a sociedade, donde se extrai a intensa periculosidade da conduta.

Relembre-se, com efeito, que foram apreendidas quatro espécies de drogas e em quantidades consideráveis, além eu uma delas ser o crack, biológica e socialmente deveras destrutivo, tudo a reclamar do Estado-juiz maior rigor, sobretudo porque a determinação de regime menos gravoso não se mostraria suficiente para a necessária absorção da terapêutica penal por parte do condenado.

Como é cediço, em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistente a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 59, do Código Penal.

Ao fixar o regime inicial fechado, o Tribunal *a quo* considerou a quantidade, a natureza e a grande diversidade de drogas apreendidas (fl. 25).

Com efeito, nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamentos idôneos a justificarem a imposição do regime mais severo, inexistindo, em tese, ilegalidade a ser sanada.

Ocorre, todavia, que, embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos – 2 anos e 6 meses –, cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, fazendo *jus* o paciente ao regime intermediário, qual seja, o semiaberto. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.340/2006. QUANTUM DA DIMINUIÇÃO DA DIMINUIÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. RAZOABILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. ILEGALIDADE. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

3. O quantum da condenação (2 anos e 6 meses), a primariedade, a as circunstâncias judiciais favoráveis e a quantidade e a natureza da droga apreendida (45,3g de cocaína) permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime semiaberto, conforme art. 33, § 2º, alínea b, do CP, c/c art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto. (HC 310.633/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 25/11/2015) - grifei.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL SEMIABERTO. CONDENADO PRIMÁRIO. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGISTRO DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITO DO ART. 44, III, DO CP NÃO PREENCHIDO. RECURSO NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROVIDO.

1. Após a declaração incidental, pelo Supremo Tribunal Federal, do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, tem-se que ele não constitui fundamentação idônea a justificar a fixação do regime inicial fechado, haja vista que, para estabelecer o regime de cumprimento de pena, deve o magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos, do Código Penal.

2. O paciente não reincidente, condenado a pena inferior a 4 anos de reclusão, mas com registro de circunstância judicial desfavorável sopesada na primeira fase da dosimetria (natureza altamente lesiva da droga apreendida - crack), deverá cumprir a pena no regime inicial semiaberto, a teor do art. 33, § 3º, do CP.

3. Não há constrangimento ilegal no ponto em que foi negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois não preenchido o art. 44, III, do CP, haja a vista "o comércio de espécie de droga de altíssimo poder destrutivo - crack", que "dava-se há vários meses".

4. Agravo regimental não provido (AgRg no HC 308.543/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 22/06/2015) - grifei.

Ante o exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem ex officio**, apenas para fixar, em favor do paciente, o regime semiaberto para o cumprimento da pena.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0326529-9

HC 382.359 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00458709820128260050 20160000020597 458709820128260050

EM MESA

JULGADO: 02/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: JULIANA MARTINS DE CARVALHO MONNERAT
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: RICARDO RIBEIRO DE OLIVEIRA (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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.