



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 482.521 - SP (2018/0325486-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
WESLEY SANCHES PINHO - SP331671
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO LIMA SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA DE 01 (UM) ANO E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Em relação ao **regime inicial de cumprimento de pena**, cumpre registrar que o Plenário do col. **Supremo Tribunal Federal** declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal.

III - **In casu**, verifica-se que a pena-base foi fixada **no mínimo legal**, ao passo em que a causa especial de diminuição de pena, prevista no art. 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas, foi aplicada no **grau máximo**. Assim, considerando a primariedade do paciente e o **quantum** de pena estabelecido, forçoso concluir que faz **jus** ao regime **aberto**, para início de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Estatuto Penal, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula n. 440 desta Corte Superior.

IV - O Pretório Excelso, nos termos da r. decisão proferida por ocasião do julgamento do **HC** n. **97.256/RS**, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, permitiu a concessão da benesse aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

V - Preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, quais sejam, pena não superior à 4 (quatro) anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, réu não reincidente e circunstâncias judiciais favoráveis, o paciente faz jus à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em moldes a serem especificados pelo Juízo **a quo**.

VI - Estabelecido o regime menos gravoso, **mostra-se incompatível a negativa do direito de recorrer em liberdade**, já que, a prevalecer esse entendimento, dar-se-á maior efetividade e relevância à medida de natureza precária (manutenção da segregação cautelar) em detrimento da sentença condenatória (título judicial que, por sua natureza, realiza o exame exauriente da **quaestio**).

Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício**, para fixar o regime prisional **aberto**, para o início do cumprimento da pena e determinar a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos moldes do artigo 44 do Código Penal, a ser estabelecida pelo MM. Juízo **a quo**, bem como determinar que o paciente aguarde o trânsito em julgado de sua condenação em liberdade, **salvo se estiver preso por outro motivo**.

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de fevereiro de 2019(Data do Julgamento)

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 482.521 - SP (2018/0325486-0)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
WESLEY SANCHES PINHO - SP331671
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO LIMA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de **THIAGO LIMA SILVA** contra decisão do **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado às penas de 1 (um) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa, pela prática do crime de tráfico de drogas, capitulado no art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006.

Irresignada, a defesa impetrou ordem de **habeas corpus** ao Tribunal de origem, que indeferiu o pedido liminar, e ainda não julgou o mérito da impetração.

No presente **writ**, o impetrante alega que houve afronta aos enunciados das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 desta Corte Superior, ao argumento de que o regime inicial de cumprimento de pena foi fixado com base na gravidade abstrata do crime praticado.

Requer, ao final, a concessão da ordem, para que o paciente aguarde em liberdade o julgamento da apelação (fls. 1-5).

O pedido liminar foi concedido (fls. 187-189).

O Ministério Público Federal, às fls. 195-199, manifestou-se pela concessão da ordem de ofício, nos termos da seguinte ementa:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO CONTRA DECISÃO LIMINAR DE DESEMBARGADOR RELATOR. SÚMULA 691/STF. NÃO CABIMENTO. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. APLICAÇÃO DESPROVIDA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DECISÃO LASTREADA APENAS NA GRAVIDADE ABSTRATA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DO DELITO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 33, §§ 2º, "C", E 3º, DO CP. DIREITO DE INICIAR O CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME ABERTO. INDEFERIDO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT, COM CONCESSÃO DA ORDEM PRETENDIDA, DE OFÍCIO."

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 482.521 - SP (2018/0325486-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
WESLEY SANCHES PINHO - SP331671
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO LIMA SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA DE 01 (UM) ANO E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Em relação ao **regime inicial de cumprimento de pena**, cumpre registrar que o Plenário do col. **Supremo Tribunal Federal** declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal.

III - **In casu**, verifica-se que a pena-base foi fixada **no mínimo legal**, ao passo em que a causa especial de diminuição de pena, prevista no art. 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas, foi aplicada no **grau máximo**. Assim, considerando a primariedade do paciente e o **quantum** de pena estabelecido, forçoso concluir que faz **jus** ao regime **aberto**, para início de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Estatuto Penal, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula n. 440 desta Corte Superior.

IV - O Pretório Excelso, nos termos da r. decisão proferida por ocasião do julgamento do **HC n. 97.256/RS**, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, permitiu a concessão da benesse aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

V - Preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, quais sejam, pena não superior à 4 (quatro) anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, réu não reincidente e circunstâncias judiciais favoráveis, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em moldes a serem especificados pelo Juízo **a quo**.

VI - Estabelecido o regime menos gravoso, **mostra-se incompatível a negativa do direito de recorrer em liberdade**, já que, a prevalecer esse entendimento, dar-se-á maior efetividade e relevância à medida de natureza precária (manutenção da segregação cautelar) em detrimento da sentença condenatória (título judicial que, por sua natureza, realiza o exame exauriente da **quaestio**).

Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício**, para fixar o regime prisional **aberto**, para o início do cumprimento da pena e determinar a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos moldes do artigo 44 do Código Penal, a ser estabelecida pelo MM. Juízo **a quo**, bem como determinar que o paciente aguarde o trânsito em julgado de sua condenação em liberdade, **salvo se estiver preso por outro motivo**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

O impetrante alega que houve afronta aos enunciados das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 desta Corte Superior, ao argumento de que o regime inicial de cumprimento de pena foi fixado com base na gravidade abstrata do crime praticado.

De acordo com entendimento firmado por esta eg. Corte Superior, não se admite a impetração de **habeas corpus** contra decisão que denega pedido liminar nos autos de **writ** impetrado na origem, sob pena de se configurar indevida supressão de instância, a teor da Súmula 691/STF. Todavia, conforme orientação deste eg. Superior Tribunal de Justiça, em casos excepcionais, uma vez evidenciada teratologia ou deficiência de fundamentação na decisão impugnada, é possível a mitigação do mencionado óbice.

No que tange ao regime inicial para os delitos de tráfico de entorpecentes, o col. **Supremo Tribunal Federal**, por ocasião do julgamento do **HC** n. 111.840/ES (Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 17/12/2013), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com redação dada pela Lei n. 11.464/07, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Seguindo tal orientação, firmou-se o entendimento nesta Corte que o julgador deve observar o disposto no art. 33, parágrafos 2º e 3º, do Código Penal, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Sobre o tema, destaca-se o seguinte jugado:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE NESSE PONTO. LIMINAR CONFIRMADA.

1. O fundamento usado pelas instâncias ordinárias para fixar o regime inicial fechado - caráter hediondo do crime - não se mostra suficiente para impedir a não aplicação do regime mais brando, pois não subsiste a imposição automática do regime inicial fechado de cumprimento da pena aos crimes hediondos e equiparados, devendo o magistrado observar as regras previstas no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, e fundamentar concretamente a imposição do regime inicial mais rigoroso do que o correspondente à pena aplicada.

2. Embora a Suprema Corte também tenha firmado entendimento no sentido de ser possível a substituição da pena corporal pela restritiva de direitos àqueles que praticam crimes hediondos ou equiparados, desde que preenchidos os requisitos legais, a Corte originária afastou tal possibilidade por entender que a quantidade de droga apreendida impede a outorga desse tipo de benesse.

3. Ordem expedida tão somente para alterar o regime prisional para o semiaberto, confirmando-se a liminar" (HC n. 356.012/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 23/2/2017).

Ademais, importante consignar que o excelso Supremo Tribunal Federal, em r. decisão oriunda do Tribunal Pleno, no **Habeas Corpus** n. 118.533/MS, afastou o caráter hediondo dos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes em que houvesse a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, **in verbis**:

"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminoso.

3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90 .

4. Ordem concedida" (HC n. 118.533/MS, **Tribunal Pleno**, Rel.^a Min.^a **Cármem Lúcia**, DJe de 19/9/2016, grifei).

No presente julgado, constata-se que a pena-base foi fixada no mínimo legal, pois consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais e além disso, o paciente é primário, bem como a pena não excede o patamar de quatro anos.

Dessarte, não foi apresentada nenhum fundamento concreto para o agravamento do regime, a não ser a gravidade abstrata do delito, razão pela qual, conclui-se que o paciente que faz **jus** ao regime **aberto**, para início de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, § 2º, alínea **c**, e § 3º, do Estatuto Penal, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula n. 440 desta Corte Superior.

Finalmente, cumpre registrar que o **Pretório Excelso**, nos termos da r. decisão proferida por ocasião do julgamento do **HC n. 97.256/RS**, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal por meio da Resolução n. 5 de 16/2/2012), permitiu a concessão da benesse aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal, como ocorre no presente caso.

Por fim, estabelecido o regime menos gravoso, **mostra-se incompatível a negativa do direito de recorrer em liberdade**, já que, a prevalecer esse entendimento, dar-se-á maior efetividade e relevância à medida de natureza precária (manutenção da segregação cautelar) em detrimento da sentença condenatória (título judicial que, por sua natureza, realiza o exame exauriente da **quaestio**).

Ante o exposto, não conheço do presente **habeas corpus**. **Todavia, concedo a ordem de ofício**, para fixar o regime prisional **aberto**, para o início do cumprimento da pena e determinar a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos moldes do artigo 44 do Código Penal, a ser estabelecida pelo MM. Juízo **a quo**, bem como determinar que o paciente, **salvo se estiver preso por outro motivo**, aguarde o trânsito em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado de sua condenação em liberdade.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0325486-0

HC 482.521 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15017494520188260196 22437215720188260000 28792018

EM MESA

JULGADO: 05/02/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

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
ADVOGADOS	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO WESLEY SANCHES PINHO - SP331671
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: THIAGO LIMA SILVA (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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.