



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 339.304 - SP (2015/0266602-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RODRIGO CÉSAR JERONYMO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO HENRIQUE FERREIRA DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA E NA HEDIONDEZ DO CRIME. PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. PACIENTE QUE JÁ SE ENCONTRA NO REGIME SEMIABERTO. PEDIDO PREJUDICADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. NEGATIVA EM VIRTUDE DA DIVERSIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– O Supremo Tribunal Federal, por sua primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

– 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 a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719, ambas do STF.

– Considerando que a pena foi fixada em 3 anos e 4 meses de reclusão, ante a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, mas, por outro lado, tendo em vista a não aplicação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

minorante no patamar máximo de 2/3, em razão da quantidade e variedade das drogas apreendidas, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, “b”, e § 3º, do Código Penal.

– Contudo, consoante informações prestadas pelo Tribunal de origem, verifica-se que o paciente já se encontra no regime semiaberto, de modo que fica prejudicado, neste ponto, o objeto do presente *writ*.

– Quanto à substituição, embora o *quantum* de pena fixado seja inferior a 4 anos de reclusão, preenchendo, portanto, o requisito objetivo do art. 44, I, do CP, as circunstâncias do delito, notadamente graves em razão da natureza e diversidade dos entorpecentes apreendidos, não recomendam a aplicação do benefício legal.

– *Habeas corpus* não conhecido.

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

Brasília (DF), 07 de junho de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 339.304 - SP (2015/0266602-9)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RODRIGO CÉSAR JERONYMO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO HENRIQUE FERREIRA DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

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

Cuida-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de PAULO HENRIQUE FERREIRA DOS SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ora apontado como coator, no julgamento da Apelação n. 0016358-35.2013.8.26.0309.

Inferre-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, às penas de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime fechado, e 416 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, consoante sentença acostada às e-STJ fls. 19/28.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, tendo o Tribunal de origem dado provimento parcial ao apelo, reduzindo as penas do paciente para 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, e 333 dias-multa. O acórdão recebeu a seguinte ementa:

Tráfico de drogas - Prisão em flagrante na posse de quantidade relevante de crack, cocaína e maconha - Depoimento dos policiais seguros, coerentes e sem desmentidos - Ausência de motivos para duvidar da lisura dos policiais - Responsabilidade comprovada - Condenação mantida;

Tráfico de drogas - Réu primário e sem antecedentes Ausência de prova de que integre associação criminosa ou que se dedique a essas atividades Incidência da hipótese do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 - Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Impossibilidade;

Tráfico de drogas - Crime grave que abala a ordem pública e exige tratamento rigoroso das autoridades - Regime fechado - Cabimento - Recurso provido em parte para redução da pena imposta (e-STJ fl. 33).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na presente impetração, busca a defesa a fixação do regime inicial aberto, sob argumento de que o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990 é norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Aduz, ainda, ser admissível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, pois o STF também declarou inconstitucional a expressão *vedada a conversão em penas restritivas de direitos* constante no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Pugna, liminarmente, pela concessão da ordem, fixando-se o regime aberto em favor do paciente e, no mérito, requer a confirmação da liminar e a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Pedido liminar indeferido (e-STJ fls. 42/45).

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela concessão *ex officio* da ordem (e-STJ fls. 54/56).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 339.304 - SP (2015/0266602-9)

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.

Cumpra 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, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta 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 fixação do regime aberto e a aplicação do art. 44 do Código Penal em favor do paciente.

Quanto ao regime prisional, sabe-se que 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.

Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mais gravoso, é necessário fundamentação específica, com base em 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 Juiz sentenciante, levando em conta as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, fixou a pena-base no piso legal, qual seja, 5 anos de reclusão. Em seguida, na segunda fase, mesmo reconhecida a atenuante da menoridade, a pena manteve-se inalterada, ante o óbice da Súmula n. 231/STJ. Ao final, foi a pena reduzida em 1/6, ante a incidência da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, ficando a pena corporal definitiva fixada em 4 anos e 2 meses de reclusão.

Contudo, a par da pena imposta, foi fixado o regime fechado, sob o seguinte fundamento (e-STJ fls. 24/25):

O acusado iniciará o cumprimento da pena segregativa imposta em regime fechado.

(...)

Para a fixação do regime inicial para o cumprimento da pena segregativa de liberdade imposta, considere as circunstâncias judiciais estabelecidas no artigo 59 do mesmo Código, em especial as circunstâncias do crime (equiparado a crime hediondo e que envolveu grande quantidade e variedade de substância entorpecentes), o que perturba a comunidade e demonstra sua total incapacidade de ressocialização ou de reinserção no meio social (com a imposição de regime mais severo).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal de origem, ao julgar o apelo defensivo, reduziu a pena do paciente, aumentando a fração redutora de 1/6 para 1/3, diminuindo a pena para 3 anos e 4 meses de reclusão, ocasião na qual foi mantido o regime mais gravoso com base na gravidade abstrata e na hediondez do delito. Vejamos (e-STJ fls. 72/73):

Em relação ao regime de cumprimento de pena, cumpre considerar que o tráfico de drogas é extremamente grave, causa indiscutível abalo à ordem pública, na medida em que o traficante consegue atingir um número elevado de pessoas, que acabam se envolvendo em outros crimes. Por isso, inclusive em face do delito ser equiparado aos hediondos, o regime inicial fechado é o que se tem como único possível.

Assim, considerando que a pena-base foi fixada no mínimo legal, por serem as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP favoráveis, mas tendo em vista a quantidade e a variedade das drogas apreendidas - 86,7g de maconha, 24,5g de cocaína e 41,8g de crack -, as quais, inclusive, embasaram a escolha da fração redutora de 1/3 na terceira etapa da dosimetria, entendo que o regime inicial semiaberto é o que mais se adequa à hipótese, consoante dispõe o art. 33, §§ 2º, "b", e 3º do Código Penal.

Por oportuno, consoante informações prestadas pelo Tribunal de origem (e-STJ fl. 64), verifica-se que o paciente já se encontra no regime semiaberto, de modo que resta prejudicado, neste ponto, o objeto do presente *writ*.

Quanto à possibilidade de substituição da pena, da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal, em 1/9/2010, no julgamento do HC n. 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei de Drogas, na parte relativa à proibição da conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados por tráfico de entorpecentes.

No caso, foi negada, pelo acórdão recorrido, a aplicação do art. 44 do Código Penal nos seguintes moldes (e-STJ fl. 73):

Tampouco é o caso de substituição da pena privativa de liberdade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por restritiva de direitos, pois o traficante, longe de ser agraciado com os benefícios reservados a crimes menos graves, deve ser retirado da sociedade, cada vez mais temerosa e abalada com o avanço da criminalidade.

Verifica-se que a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos baseou-se apenas na gravidade abstrata do crime, configurando constrangimento ilegal suscetível de controle por esta via constitucional.

Contudo, entendo que as circunstâncias do caso concreto não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Isso porque, embora o *quantum* de pena fixado seja inferior a 4 anos de reclusão, preenchendo, portanto, o requisito objetivo do art. 44, I, do CP, as circunstâncias do delito, notadamente graves em razão da natureza e diversidade dos entorpecentes apreendidos, não recomendam a substituição.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTOS VÁLIDOS PARA A MODULAÇÃO DO ÍNDICE DE REDUÇÃO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). DESPROPORCIONALIDADE. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA VALORADOS NA TERCEIRA FASE. MODO INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. MEDIDA INSUFICIENTE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT 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 a justificar a concessão da ordem de ofício.

2. Segundo reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, a quantidade e a natureza da droga apreendida podem ser sopesadas na definição do índice de redução da pena pela incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 ou, até mesmo, para impedir a aplicação da referida minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.

3. No caso, a instância antecedente, dentro do critério de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

discrecionariiedade vinculada do julgador na individualização da pena, estabeleceu o patamar de redução em 1/2, com fundamento na variedade e na expressiva quantidade de droga apreendida (200,5g de maconha e 8,5g de cocaína), o que não se mostra desproporcional.

4. Estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 11 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave segundo o quantum da sanção aplicada) é o suficiente à prevenção e à reparação do delito, considerada a natureza e a variedade da droga apreendida, elencadas como circunstâncias prevalecentes, a teor dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedente.

5. Não se mostra socialmente recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista a natureza e a quantidade da droga apreendida com o paciente, que denotam contornos de maior gravidade ao tráfico ilícito de drogas. Precedente.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de estabelecer o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade.(HC 329.035/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 27/04/2016) - grifei.

Ante o exposto, inexistindo coação ilegal a ser reconhecida *ex officio* por esta Corte, **não conheço** do *habeas corpus*, pois manifestamente incabível na espécie.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0266602-9

HC 339.304 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00163583520138260309 16358352013 163583520138260309 20150000592486

EM MESA

JULGADO: 07/06/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RODRIGO CÉSAR JERONYMO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO HENRIQUE FERREIRA DOS SANTOS (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."

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