



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 350.883 - SP (2016/0061175-6)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **MAIRA DE FATIMA DA SILVA**
ADVOGADO : **PAULO SERGIO DE ALMEIDA GODOY E OUTRO(S) - SP075225**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 440 DO STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal – CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo, de acordo com o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

2. O Tribunal de origem, após fixar a pena-base no mínimo legal, por considerar favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, além de aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, em seu grau máximo, deixou de consignar em que medida a ação delitiva da paciente teria transbordado para um comportamento mais grave a ensejar a necessidade de fixação de regime mais gravoso que o previsto no art. 33, § 2º, "c", do CP. Precedentes.

Agravo regimental desprovido.

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, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 350.883 - SP (2016/0061175-6)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MAIRA DE FATIMA DA SILVA
ADVOGADO : PAULO SERGIO DE ALMEIDA GODOY E OUTRO(S) - SP075225

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão monocrática, de fls. 84/92, que não conheceu do *habeas corpus*, mas concedeu a ordem, de ofício, para fixar o regime aberto para cumprimento da pena. Eis os termos da decisão:

Trata-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de MAIRA DE FATIMA DA SILVA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da apelação n. 0005402-98.2013.8.26.0360.

Depreende-se dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou a paciente à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas).

Em apelação interposta pela defesa, o Tribunal de origem, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso para fixar o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena. Eis a ementa do julgado:

Tráfico ilícito de entorpecentes - Autoria e materialidade delitivas comprovadas pelos elementos constantes dos autos - Pedido de desclassificação para o artigo 28 da Lei nº 11.343/06 afastado - Circunstâncias que demonstram a dedicação ao comércio espúrio - Adequação do regime semiaberto para o início do desconto da corporal - Penas alternativas que se mostram ineficazes para a ressocialização da condenada - Recurso parcialmente provido (fl. 32).

No presente writ, sustenta o impetrante, em síntese, que a paciente está sofrendo constrangimento ilegal em seu status libertatis, pois apesar de favoráveis as circunstâncias judiciais, a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e o quantum da pena aplicada autorizar a fixação do regime prisional aberto, foi estabelecido o regime inicial semiaberto com base na gravidade abstrata do delito, em desrespeito aos Enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF, bem como ao Enunciado n. 440 da Súmula do STJ.

Sustenta, ainda, que a paciente preenche os requisitos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

previstos no art. 44 do Código penal, devendo a pena privativa de liberdade ser substituída por restritiva de direitos.

Requer, assim, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 41/42).

Informações prestadas pelas instâncias ordinárias (fls. 51/61 e 64/67).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da impetração (fls. 76/82).

É o relatório.

Decido.

Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O Tribunal de Justiça estadual, ao retificar o decreto condenatório para fixar o regime inicial semiaberto, deixou consignado, verbis:

[...]

A pena-base foi fixada à ré no mínimo legal, mantida na segunda fase da dosimetria, em consonância com a Súmula 231 do C. STJ, ainda que relativamente menor à época.

A seguir, por se tratar de ré primária, sem maus antecedentes, e ausente demonstração de que se dedique a atividades criminosas, tampouco integre organização dessa natureza, seria mesmo o caso de se aplicar, tal como feito na origem, a minorante do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, no patamar máximo de 2/3 (dois terços), a culminar em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no piso legal.

Contudo, comporta correção o julgado no que se refere ao regime de desconto da corporal.

Isso porque, com vistas ao que dispõe o art. 33, § 2º e 3º da lei penal, mais adequado no caso o regime intermediário, pois, não obstante a reprovabilidade do delito praticado e sopesadas as nuances que envolvera o desenrolar dos fatos, o certo é que preenchidos os requisitos contemplados na norma referida, não há porque se impor regime mais severo.

Mais a mais, submetida ao labor e fora do sistema penitenciário convencional, terá ela melhores condições de regeneração e de aquilatar a valia do ganho honesto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Acrescenta-se ainda que as fases dosimétricas hão de guardar lógica entre si; ainda que se lhes confira certa autonomia, não podem confrontar critérios numa e noutra ocasião, sobretudo quando se opera a quantificação da resposta penal.

E, se estabelecida a pena inicial no seu patamar mínimo, onde, ao que se supõe, já sopesados os preceitos do art. 59 do Código Penal, e havendo, quantitativamente, permissão legal (art. 33 do Código Penal) para que estabeleça regime outro, menos intenso, ainda pela vida pregressa do infrator, não há porque negá-lo.

Vale dizer, **sopesadas a penas iniciais estabelecidas nos mínimos e conferido o redutor distintivo do tráfico eventual, não se poderia, ao final, impor-lhe o regime máximo, notadamente quando as condições subjetivas não o permitem.**

Quanto à **substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos**, concluo, no particular, seja inconcebível. Ainda não se desconheça de valerosos entendimentos contrários (STF, HC 96.715 MC/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. em 19.12.2008), **o certo é que o legislador, ao conferir tratamento diferenciado às infrações hediondas e equiparadas, não as contemplaria, por certo, senão em casos bastante específicos**, com medidas quase que despenalizantes, como a concebida.

[...]

É dizer, *a imposição de pena alternativa àquela que dispõe de **porções de cocaína, hábeis à pronta disseminação, potencialmente geradoras de riscos e malefícios aos que delas se servirem, soaria autêntico despropósito, senão incentivo, em contraponto ao princípio da suficiência**, imperativo na sistemática penal vigente. [...]* (fls. 54/61).

Da análise do trecho acima transcrito, verifico que Tribunal de origem, embora tenha aplicado a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, em seu grau máximo, fixou o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda sem motivação concreta, o que vai de encontro com a jurisprudência desta Corte.

Sobre o tema, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Cumpre transcrever a ementa do referido julgado:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado (HC 111840, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013).

Assim, o regime prisional, nesses casos, deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, art. 59, ambos do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por outro lado, firmou-se neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal ou em outra situação que demonstre efetivamente um plus na gravidade do delito. Nesse sentido, foi elaborado o Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê:

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 Supremo Tribunal Federal, os quais indicam:

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.

A análise do acórdão impugnado e o exame dos autos revelam que após fixar a pena-base no mínimo legal, por considerar favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o Tribunal a quo deixou de consignar em que medida a ação delitiva da paciente teria transbordado para um comportamento mais grave, ensejando, assim, a necessidade de fixação de regime mais gravoso que o previsto no art. 33, § 2º, "c", do CP.

Dessarte, seguindo o entendimento firmado por este Tribunal, a mera referência genérica, pelas instâncias ordinárias, à gravidade abstrata do delito, não constitui motivação suficiente, por si só, para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, porquanto refere-se a situação já prevista no próprio tipo.

*Outrossim, reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade da ré, a quem foi imposta reprimenda definitiva inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, cabível a imposição do regime inicial **aberto** para cumprimento da sanção corporal, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.*

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO MINISTERIAL DE QUE AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO IMPEDIRIAM A FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE E QUANTUM DE PENA ESTABELECIDO INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REGIME ABERTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Na hipótese, consideradas favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, sendo primário o recorrente e o quantum de pena estabelecido não excede 4 (quatro) anos, não há razão para que não se conceda ao recorrente o regime aberto para início de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal.

II - Ademais, não é idônea a utilização da quantidade de droga exclusivamente no momento de fixação do regime prisional, sem que tal circunstância tenha sido utilizada na primeira ou na terceira fases da dosimetria da pena Agravo regimental desprovido (AgRg no RHC 62.627/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 15/04/2016).

RECURSO EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ARTIGO 157, § 2º, INCISOS I E II DO CÓDIGO PENAL). REGIME INICIAL FECHADO DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. ELEMENTOS PRÓPRIOS DO TIPO PENAL VIOLADO. DESCABIMENTO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 440 DESTES STJ E 718 E 719 DA SUPREMA CORTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ALTERAÇÃO PARA O MODO SEMIABERTO. RECLAMO PROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que, fixada a pena-base no mínimo legal e sendo o acusado primário e sem antecedentes criminais, não se justifica a fixação do regime prisional mais gravoso (Súmula 440/STJ).

2. A Suprema Corte, nos verbetes 718 e 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado.

3. *Recurso provido a fim de alterar o regime inicial para o semiaberto (RHC 66.895/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 28/03/2016).*

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ROUBO. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. SÚMULA 440/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Os fundamentos genéricos utilizados na sentença não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), contrariando a Súmula 440 deste Superior Tribunal.

3. Hipótese na qual o réu é primário e a pena-base corresponde ao mínimo legal, porquanto favoráveis as circunstâncias judiciais, sendo a pena definitiva inferior a 4 (quatro) de reclusão. A teor do art. 33, §§ 2º, alínea "c", e 3º, c/c o art. 59, ambos do CP, não se afigura idônea a justificativa apresentada para afastar a aplicação ao caso concreto do regime aberto para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade.

4. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de estabelecer o regime prisional aberto para o desconto da sanção corporal imposta ao paciente, salvo se por outro motivo estiver descontando pena em regime mais severo (HC 343.034/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 10/03/2016).*

No que se refere à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, constato que, no julgamento do HC n. 97.256/RS da Suprema Corte, foi reconhecida a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012, passando a admitir o referido benefício, nos termos do art. 44 do Código Penal. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a gravidade concreta, evidenciada pela natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos, constitui elemento indicativo de que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não seja suficiente para a prevenção e repressão do delito no caso concreto.

Confiram-se os julgados desta Corte de Justiça, in verbis:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA QUANTO AO REGIME MAIS GRAVOSO. PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. NEGATIVA EM VIRTUDE DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- 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 necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

- Considerando que a pena foi fixada em 2 anos e 6 meses de reclusão, pela primariedade da acusada e pela análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, mas, por outro lado, tendo em vista a não aplicação da minorante no patamar máximo de 2/3, em razão da quantidade e diversidade da droga apreendida, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.

- Nos termos do ressaltado pelo Tribunal a quo, embora o quantum de pena fixado seja inferior a 4 (quatro) anos, preenchendo, portanto, o requisito objetivo, a natureza e a quantidade elevada do entorpecente apreendido - 60 pedras de crack e 47 buchas de maconha - não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Precedentes.

- *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto* (HC 323.006/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 24/11/2015).

AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. AFRONTA À DECISÃO DO STJ. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Não há falar em desrespeito à decisão proferida por este Tribunal Superior, pois o magistrado a quo acatou prontamente a determinação vertida no decisor do eminente Ministro Moura Ribeiro, além disso, ab initio, fundamentou suficientemente sua decisão.

2. O ajuizamento da presente reclamação é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

evidentemente incabível para os fins pretendidos, pois a insurgência diz respeito à pretensão de determinação de habeas corpus de ofício para que o reclamante possa aguardar em liberdade o julgamento dos recursos que impugnaram a decisão do Juízo singular, pretensão não amparada legalmente pelo instituto da reclamação, nos termos do art. 105, I, f, da Constituição da República, c/c o art. 187 do RISTJ.

3. A jurisprudência deste Tribunal entende que se faz devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, bem como a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da natureza, da quantidade e da variedade das drogas apreendidas.

4. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

5. *Agravo regimental improvido* (AgRg na Rcl 21.663/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 05/12/2014).

No caso dos autos, o fragmento do acórdão acima transcrito revela que após estabelecer a pena da paciente em 1 ano e 8 meses de reclusão, o Tribunal a quo negou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal, em razão da quantidade e natureza da substância apreendida (cocaína), o que justifica a negativa do benefício, não havendo falar, portanto, em flagrante ilegalidade quanto ao ponto.

Ante o exposto, não conheço do habeas corpus, mas concedo a ordem de ofício apenas para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena.

Publique-se.

Intime-se.

Alega o agravante que a decisão monocrática deve ser reformada, uma vez que há fundamentação concreta para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso.

Assevera que *"na escolha do regime prisional, que deve ser suficiente a reprovar e prevenir o maléfico crime de tráfico de entorpecentes, o órgão julgador deve levar em consideração, por força do princípio da individualização da pena, a quantidade e a qualidade da droga apreendida (art. 42 da Lei n.º 11.343/06), que deve prevalecer sobre o art. 59 do CP, pois quanto maior o poder de disseminação do entorpecente, mais grave é a conduta criminosa, exigindo, por consequência,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

uma resposta mais efetiva por parte do Estado" (fl. 103).

Requer, assim, a reconsideração da decisão ora agravada ou que o *habeas corpus* seja submetido a julgamento pelo órgão colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 350.883 - SP (2016/0061175-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

A decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Em que pese o esmero do Ministério Público Federal, o Tribunal de origem, após fixar a pena-base no mínimo legal, por considerar favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, além de aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, em seu grau máximo, deixou de consignar em que medida a ação delitiva da paciente teria transbordado para um comportamento mais grave a ensejar a necessidade de fixação de regime mais gravoso que o previsto no art. 33, § 2º, "c", do CP.

Em reforço à jurisprudência colacionada na decisão, temos os seguintes precedentes da Quinta Turma desta Corte Superior:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. LIMINAR CONFIRMADA.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo de revisão criminal e de 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 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.

3. Estabelecida a pena definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, sendo primário o agente e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", e 59 do CP.

4. No caso, utilizada a diversidade das drogas apreendidas para fixar a pena-base acima do mínimo legal (que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

retornou ao patamar mínimo na segunda fase em razão da menoridade do paciente), 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), uma vez que desfavoráveis as circunstâncias do crime.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, confirmando a liminar, adequar o regime ao modo aberto (HC 363.268/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 26/10/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS MAJORADO PELO LOCAL DA INFRAÇÃO. PRIMARIEDADE. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PENA TOTAL INFERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL - CP. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. EXAURIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. NOVA ORIENTAÇÃO PERFILHADA PELA SUPREMA CORTE E POR ESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. ADEQUAÇÃO AO REGIME AQUI FIXADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. O STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do Código Penal - CP.

3. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo, de acordo com o Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF.

4. **In casu, em razão da primariedade da paciente, do quantum de pena aplicado - 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão - (art. 33, § 2º, "c", do CP), da inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP c.c. o art. 42 da Lei**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

n. 11.343/06), bem como da fixação da pena-base no mínimo legal, o regime a ser imposto deve ser o aberto. Precedentes.

5. O col. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 97.256/RS declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Assim, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do CP, os condenados por tráfico de drogas podem se beneficiar da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. **No caso dos autos, entretanto, o acórdão recorrido não comporta reparos, uma vez que a Corte estadual negou a substituição da pena privativa de liberdade em razão da ausência de preenchimento dos requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.**

6. Este Corte Superior, seguindo entendimento firmado pelo col. STF, passou a admitir a possibilidade de cumprimento provisório da pena após o exaurimento das instâncias ordinárias, por ser o recurso extraordinário desprovido de efeito suspensivo.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar, fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena (HC 356.419/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 31/08/2016).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. Contudo, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. ELEMENTOS PRÓPRIOS DO TIPO PENAL VIOLADO. DESCABIMENTO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 440 DESTA STJ E 718 E 719 DA SUPREMA CORTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ALTERAÇÃO PARA O ABERTO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. **A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que, fixada a pena-base no mínimo legal pela favorabilidade das circunstâncias judiciais, não se justifica a fixação do regime prisional mais gravoso (Súmula 440/STJ).**

2. A Suprema Corte, nos verbetes 718 e 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mais severo do sentenciado.

SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. A substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito é possível quando se encontram preenchidos os requisitos subjetivos e objetivos previstos no art. 44 do Código Penal.

2. Não há falar em constrangimento ilegal quando a conversão da pena é indeferida, haja vista a ausência dos pressupostos legais, diante das circunstâncias do caso concreto, na forma do art. 44. III, do CP.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de alterar o regime inicial para o aberto (HC 356.174/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 09/08/2016).

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0061175-6

AgRg no
HC 350.883 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00054029820138260360 20160000041391 54029820138260360 5512013

EM MESA

JULGADO: 01/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : PAULO SERGIO DE ALMEIDA GODOY
ADVOGADO : PAULO SERGIO DE ALMEIDA GODOY - SP075225
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAIRA DE FATIMA DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MAIRA DE FATIMA DA SILVA
ADVOGADO : PAULO SERGIO DE ALMEIDA GODOY E OUTRO(S) - SP075225

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.