



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 386.010 - SP (2017/0012601-2)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RITA DE CASSIA GANDOLPHO - SP293626
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO AUGUSTO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL E REPRIMENDA DEFINITIVA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL ABERTO QUE SE IMPÕE. SÚMULA 440/STJ. APLICABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. No caso, ao reformar a sentença, o Tribunal *a quo* não apresentou novos fundamentos para a imposição de regime inicial mais rigoroso do que a pena imposta, fundamentando-o apenas na gravidade abstrata do delito.

2. Ocorre que o posicionamento hoje pacificado no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que se mostra inadmissível a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que aquele previsto para a sanção corporal aplicada, apenas com fundamento na gravidade abstrata do delito (Súmula 440/STJ).

3. Assim, considerando a fixação da pena-base no mínimo legal, a reprimenda definitiva imposta (inferior a 4 anos), a ausência de reincidência e de fundamentação para a imposição de regime inicial mais rigoroso, verifica-se que o sentenciado faz jus a iniciar o cumprimento da reprimenda imposta no regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

4. Ordem de *habeas corpus* concedida, confirmando a liminar anteriormente concedida, para fixar o regime inicial aberto de expiação à condenação imposta ao paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 04 de abril de 2017 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 386.010 - SP (2017/0012601-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de **Marcelo Augusto da Silva**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Narram os autos que o Juízo de Direito da 23ª Vara Criminal da comarca de São Paulo/SP condenou o paciente, como incurso no crime de tráfico de drogas, às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 dias-multa (fls. 13/25 – Ação Penal n. 0003340-65.2015.8.26.0635).

Inconformada, a defesa interpôs apelação criminal na colenda Corte de origem, que deu parcial provimento ao recurso, para redimensionar a reprimenda final do paciente em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, mantido o regime inicial fechado, e 194 dias-multa (fls. 37/48 – Apelação Criminal n. 1.149.896-7):

Tráfico de entorpecentes - Prisão em flagrante - Apreensão de diversas porções de entorpecente - Entrega a adolescente - Depoimento dos policiais seguros, coerentes e sem desmentidos - Ausência de motivos para duvidar da lisura dessas palavras - Responsabilidade comprovada - Condenação mantida;

Tráfico de entorpecentes - Réu primário, sem antecedentes e menor de 21 anos na data dos fatos - Ausência de prova de que integre associação criminosa ou que se dedique a essas atividades - Aplicação do art. 33, § 4º. da Lei n. 11.343/2006 - Cabimento - Regime inicial fechado Cabimento - Substituição por pena restritiva de direitos - Impossibilidade - Recurso provido em parte.

Daí a presente impetração, em que se alega constrangimento ilegal consistente na fixação do regime inicial fechado de cumprimento da pena, sem fundamentação idônea para tanto.

Postula a impetrante, então, a concessão liminar da ordem para que seja concedida a liberdade provisória ao paciente e, no mérito, fixado o regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inicial aberto de expiação.

Em 25/1/2017, o Vice-Presidente desta Corte Superior, Ministro Humberto Martins, deferiu o pedido liminar para determinar ao Juízo competente a transferência do paciente para o regime aberto.

Informações prestadas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo às fls. 80/94.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão da ordem de ofício, conforme se extrai (fls. 97/100):

PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS MAJORADO. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO DEFENSIVA PARCIALMENTE PROVIDA PARA RECONHECER O PRIVILÉGIO. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO NO TRIBUNAL ESTADUAL. DENEGAÇÃO DA ORDEM. NOVA IMPETRAÇÃO NESSA CORTE SUPERIOR DE JUSTIÇA. LIMINAR DEFERIDA.

INVIABILIDADE DE MANEJO DE *WRIT* COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NESSA CORTE E NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AO DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 2º DA LEI 8.072/90, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.464/07, AFIRMOU QUE, NA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA PARA CONDENADOS PELA PRÁTICA DE CRIMES HEDIONDOS OU EQUIPARADOS, DEVEM SER SOPESADOS OS CONTEÚDOS NORMATIVOS DOS ARTIGOS 33 E 59 DO CÓDIGO PENAL. REGIME MAIS GRAVOSO FUNDAMENTADO NA HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE.

MANIFESTAÇÃO PELO NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*, MAS PELA CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO PARA QUE O TRIBUNAL A QUO PROCEDA Á NOVA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA, COM ESTRITA OBSERVÂNCIA ÀS REGRAS DO ARTIGO 33 DO CP, AFASTADA A GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO (LEI 8.072/90, ARTIGO 2º, § 1º, NA REDAÇÃO DA LEI 11.464/07), CONFIRMANDO-SE A LIMINAR INICIALMENTE DEFERIDA.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 386.010 - SP (2017/0012601-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Busca a impetração a fixação de regime inicial aberto de cumprimento de pena, ao argumento de que o estabelecimento de regime mais gravoso do que a pena aplicada, sem fundamentação idônea, constitui constrangimento ilegal.

De fato, o Tribunal *a quo* manteve o regime fechado aos mesmos fundamentos, senão vejamos (fls. 47):

[...]

Em relação ao regime de cumprimento de pena, cumpre considerar que o tráfico de drogas 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 delitos. Por isso, de rigor a segregação do agente por mais tempo no regime fechado, onde poderá demonstrar aptidão e preparo para voltar a conviver em sociedade.

[...]

No caso, ao manter o regime fechado de cumprimento da reprimenda, a Corte estadual não apontou elementos concretos suficientes à sua imposição, fundando-se apenas na gravidade abstrata do delito.

Ocorre que o posicionamento hoje pacificado no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que se mostra inadmissível a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que aquele previsto para a sanção corporal aplicada, apenas com fundamento na gravidade abstrata do delito (Súmula 440/STJ).

Assim, considerando a fixação da pena-base no mínimo legal (fl. 47), a reprimenda definitiva imposta (inferior a 4 anos), a ausência de reincidência e de fundamentação para a imposição de regime inicial mais rigoroso, verifica-se que o sentenciado faz jus a iniciar o cumprimento da reprimenda imposta no regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

Em face do exposto, **concedo** a ordem de *habeas corpus*, confirmando



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a liminar anteriormente concedida, para fixar o regime inicial aberto de expiação à condenação imposta ao paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0012601-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 386.010 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00033406520158260635 0033406520158260050 20160000609724 33406520158260050
33406520158260635

EM MESA

JULGADO: 04/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ANA BORGES COELHO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RITA DE CASSIA GANDOLPHO - SP293626
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO AUGUSTO DA 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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.