



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 349.883 - SP (2016/0048447-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MAILANE RAMOS DOS SANTOS RODRIGUES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELTON RODRIGO PODUSCHCO (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. SÚMULA 440/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. QUANTIDADE, VARIEDADE E QUALIDADE DA DROGA. INSUFICIÊNCIA DA BENESSE. *HABEAS CORPUS* 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. O magistrado deve expor motivadamente sua escolha na definição do modo inicial de cumprimento de pena, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

3. No caso dos autos, a imposição do regime fechado está apoiada, unicamente, na gravidade abstrata do delito, o que constitui fundamento inidôneo, segundo reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores (Súmula 440/STJ).

4. 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 semiaberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas, considerando a natureza, variedade e quantidade de droga apreendida (15 tubetes de cocaína, 9 porções de maconha e 21 tubetes de *crack*).

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

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva. Cassada a liminar deferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido, conceder "Habeas Corpus" de ofício e cassar a liminar anteriormente deferida, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de maio de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 349.883 - SP (2016/0048447-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MAILANE RAMOS DOS SANTOS RODRIGUES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELTON RODRIGO PODUSCHCO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **ELTON RODRIGO PODUSCHCO**, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado (e-STJ, fls. 17-20).

Irresignada, a Defesa impetrou *habeas corpus* na origem, contudo, a ordem não foi conhecida (e-STJ, fls. 12-16).

Neste *habeas corpus*, sustenta a impetrante manifesta ilegalidade, pois o regime mais severo foi estabelecido, tão somente, com fulcro na gravidade abstrata do delito, em absoluta afronta ao entendimento exposto nas Súmulas 718 e 719 do STF e 440 do STJ.

Destaca que, sendo favoráveis as circunstâncias judiciais e primário o agente, o regime aberto é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade. Aduz, por fim, o seu direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Requer a concessão da ordem para que seja fixado o regime aberto, com o deferimento da permuta legal.

A liminar foi deferida, para assegurar ao paciente o direito de aguardar o julgamento do mérito deste *mandamus* no regime aberto, se por outro motivo não estivesse cumprindo pena em regime mais gravoso (e-STJ, fls. 31-32).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 44-50 e 60-67), manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento, e pela concessão da ordem de ofício, para garantir ao paciente o direito de aguardar em liberdade o julgamento da apelação, se por outro motivo não estiver preso.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 349.883 - SP (2016/0048447-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MAILANE RAMOS DOS SANTOS RODRIGUES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELTON RODRIGO PODUSCHCO (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. SÚMULA 440/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. QUANTIDADE, VARIEDADE E QUALIDADE DA DROGA. INSUFICIÊNCIA DA BENESSE. *HABEAS CORPUS* 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. O magistrado deve expor motivadamente sua escolha na definição do modo inicial de cumprimento de pena, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

3. No caso dos autos, a imposição do regime fechado está apoiada, unicamente, na gravidade abstrata do delito, o que constitui fundamento inidôneo, segundo reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores (Súmula 440/STJ).

4. 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 semiaberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas, considerando a natureza, variedade e quantidade de droga apreendida (15 tubetes de cocaína, 9 porções de maconha e 21 tubetes de *crack*).

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

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva. Cassada a liminar deferida.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Conforme relatado, o Tribunal de origem não conheceu do *writ* originário, sob o fundamento de que "o *habeas corpus* não se presta ao reexame do que foi decidido em sentença, ainda que para modificação de regime imposto, sendo esta via imprópria e inadequada, mas sim, por recurso de apelação, o qual foi interposto. Logo, o *habeas corpus* não pode funcionar como sucedâneo recursal" (e-STJ, fl. 14).

Assim, o Tribunal local sequer se manifestou acerca dos temas ventilados na presente impetração, ficando esta Corte impedida de proceder a análise, sob pena de indevida supressão de instância.

Entretanto, de modo excepcional, dado o *quantum* da pena aplicada, recomenda-se o exame imediato do *habeas corpus* por este Tribunal, conferindo, inclusive, máxima eficácia aos princípios da celeridade e da economia processual.

Nesse contexto, passo ao exame da suposta ilegalidade apontada pela defesa.

O magistrado de primeiro grau manteve o regime inicial fechado sob os seguintes fundamentos:

"A sanção privativa de liberdade ora aplicada será cumprida em regime fechado, uma vez que se trata de crime gravíssimo, eis que a real intenção do traficante é amealhar o maior numero de vítima, comprometendo toda a sociedade e, também, assemelhado a hediondo, de acordo com o disposto na Constituição da República. Assim vem se manifestando a jurisprudência (...)."

Inicialmente, convém destacar que a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Como se observa, *in casu*, a imposição do regime mais severo está apoiada, unicamente, na gravidade abstrata do delito, o que constitui fundamento inidôneo, segundo reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Sobre o tema, inclusive, a Súmula 440/STJ 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."

No Supremo Tribunal Federal, a orientação firmada é no mesmo sentido: "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" (Súmula 718) e "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea" (Súmula 719).

Portanto, sendo **manifesto o constrangimento suportado pelo paciente** na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

definição do modo mais severo de cumprimento da pena, é de rigor a concessão da ordem, de ofício, para sanar a ilegalidade verificada.

Estabelecida a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, sendo primário o agente e favoráveis as circunstâncias judiciais, o **regime semiaberto** é o adequado à prevenção e a reparação do delito, considerando-se a quantidade de entorpecente apreendido (15 tubetes de cocaína, 9 porções de maconha e 21 tubetes de *crack*), nos termos do art. 33 do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas.

Nesse sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990. FUNDAMENTO INVÁLIDO. DISPOSITIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. NATUREZA DA DROGA. INSUFICIÊNCIA DA BENESSE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

3. Estabelecida a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão e sendo desfavorável uma das circunstâncias do art. 59 do CP, que justificou o aumento da pena-base (natureza da droga - cocaína), o regime semiaberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "b", § 3º, do Código Penal.

4. Valorada negativamente as circunstâncias do delito, em razão da quantidade e da natureza droga apreendida com o paciente (69 porções com 132,0 g de maconha e 96 invólucros com 120,65 g de cocaína), à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos é incabível pelo não atendimento de um dos requisitos legais (art. 44, III, do CP).

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar, fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva."

(HC 324.148/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 08/03/2016.)

No que tange ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não se identifica o apontado constrangimento sustentado pela impetrante.

Vale lembrar que a Suprema Corte, na análise do HC 97.256/RS, também reconheceu a inconstitucionalidade das expressões contidas no art. 44 e § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" e "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", que foram, inclusive, suprimidas do texto legal por meio da edição da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal.

Desse modo, não há qualquer óbice à concessão da permuta legal aos sentenciados pelo delito de tráfico de drogas desde que preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal.

Na hipótese, considerada como desfavorável a quantidade, variedade e qualidade da droga apreendida, 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).

Sobre o tema:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

(...)

2. Embora o quantum da pena definitiva seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão e o paciente seja primário, a expressiva quantidade de droga apreendida 140 porções de cocaína (118,7g) e 187 porções de maconha (380,8g) constitui fundamento válido para a imposição do regime inicial mais severo, a teor do contido no art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006. (Precedente).

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

4. Habeas corpus não conhecido."

(HC 325.919/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 24/02/2016.)

Ante o exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para, cassando a liminar anteriormente deferida, fixar o regime inicial semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0048447-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 349.883 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00097358120158260309 22082343120158260000 97358120158260309

EM MESA

JULGADO: 05/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

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 : MAILANE RAMOS DOS SANTOS RODRIGUES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELTON RODRIGO PODUSCHCO (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, concedeu "Habeas Corpus" de ofício e cassou a liminar anteriormente deferida, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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