



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 339.854 - SP (2015/0272504-1)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RICARDO LOURENÇO DIAS FERRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDMAR PAULO DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (ART. 33, *CAPUT*, E § 4º, DA LEI N. 11.343/06). NATUREZA DO ENTORPECENTE. ELEMENTO IDÔNEO PARA OBSTAR A SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REGIME INICIAL FECHADO. HEDIONDEZ DO DELITO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

– A natureza da droga apreendida constitui elemento idôneo para obstar a substituição da pena por restritiva de direitos (art. 44 do Código Penal). Precedentes.

– O regime fechado foi fundamentado apenas no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 e na gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas, fundamentos inidôneos, segundo a jurisprudência pacífica desta Corte. Assim, tendo em vista o *quantum* de pena (inferior a 4 anos), a primariedade do ora paciente e a pena-base no mínimo legal (circunstâncias judiciais favoráveis), é cabível o regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar ao paciente o regime aberto.

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, não conhecer do *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO ERICSON MARANHÃO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 339.854 - SP (2015/0272504-1)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : RICARDO LOURENÇO DIAS FERRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : EDMAR PAULO DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de EDMAR PAULO DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos da Apelação Criminal n. 3007901-95.2013.8.26.0071.

O Juízo de primeiro grau condenou o paciente à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão em regime inicial semiaberto, substituída por duas restritivas de direitos, pela prática de tráfico de drogas. Interposta apelação por ambas as partes, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso ministerial para afastar a substituição da pena e fixar o regime inicial fechado.

A impetrante sustenta, em síntese, que o paciente preenche todos os requisitos legais para a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena por restritiva de direitos.

Liminar deferida, nos termos da decisão de fls. 140/141.

Informações prestadas às fls. 151/159 e 162/169.

Parecer do Ministério Público Federal, à fl. 172, "*pela negativa de seguimento do habeas corpus por se tratar de substitutivo de recurso especial*".

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 339.854 - SP (2015/0272504-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (Relator):

O presente *habeas corpus* não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio (HC n. 109956, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe 11/9/2012). Contudo, nada impede que, de ofício, constate-se a existência de manifesta ilegalidade que implique ofensa à liberdade de locomoção do paciente (HC n. 271.890/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 3/9/2014).

Passo, portanto, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Em primeiro grau, a pena foi aplicada nos seguintes termos:

*[...] Doravante, fixa-se a pena em relação ao acusado Edmar Paulo da Silva, que é **primário e não registra antecedentes** (fls. 64 e 65).*

Assim, para Edmar, estabelece-se a pena-base no mínimo legal, que é de cinco anos de reclusão e mais quinhentos dias-multa.

Em relação a Edmar, estão presentes os requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, de modo que é aplicável ao caso a causa de diminuição de pena nele estabelecida.

Com efeito, a par da primariedade e ausência de antecedentes, não se evidenciou ser o acusado Edmar pessoa dedicada a atividades criminosas ou integrante de organização criminosa.

A quantidade de droga apreendida não foi das mais elevadas, sendo possível crer que o acusado Edmar não se trata de criminoso contumaz.

Reduz-se, assim, a pena de dois terços, de modo a resultar um ano e oito meses de reclusão, mais cento e sessenta e seis dias-multa.

O regime inicial de cumprimento de pena, para o acusado Edmar, deveria ser o fechado, em razão de expressa disposição legal (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.11.464/2007).

No entanto, ele já cumpriu, em prisão provisória, mais de dois quintos da pena, e não há notícia de mau comportamento carcerário. Assim, com base no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, o regime inicial de cumprimento da pena para o acusado Edmar deve ser o semiaberto.

Por outro lado, levando em conta as circunstâncias judiciais favoráveis, conforme antes apontado, e, ainda, o fato de a quantidade da droga não ser das mais elevadas, entende-se cabível, no caso, a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na forma do art. 44 do Código Penal, para o acusado Edmar.

[...]

Assim, deve a pena privativa de liberdade imposta a Edmar ser substituída por duas penas restritivas de direitos, uma consistente em prestação de serviços à comunidade, pelo tempo da pena aplicada, e outra, em prestação pecuniária, no valor de um salário mínimo, em favor de entidade pública ou privada com destinação social, a ser definida em execução.

[...]

Diante da natureza e quantidade da pena imposta ao acusado Edmar Paulo da Silva, expeça-se alvará de soltura para ele, sendo-lhe facultado apelar em liberdade (fls. 33/37).

Por sua vez, o Tribunal a quo deu parcial provimento ao recurso da acusação para fixar o regime inicial fechado e afastar a substituição da pena por restritiva de direitos, *in verbis*:

[...]

Por outro lado, e neste ponto prospera o reclamo ministerial, quanto à substituição da pena corporal por restritiva de direitos, no caso de Edmar, muito embora, em tese, possível, esta Câmara tem como regra a incompatibilidade da benesse ao condenado por crime hediondo, ainda que por equiparação, não em função de impeditivo legal, mas pela periculosidade social presumida, incompatibilizando o autor do crime com atividades comunitárias ou assistenciais, na medida em que o recoloca em contato direto com grupo suscetível ao seu assédio.

No caso concreto, observe-se, ainda, a natureza de parte da droga apreendida (cocaína), em quantidade razoável, a denotar contornos de maior gravidade ao tráfico de drogas. De fato, a cocaína é, certamente, uma das drogas de maior nocividade à saúde, trazendo, sem dúvida, consequências devastadoras, além do "quantum" de pena aplicado. Os réus demonstraram certa integração com a atividade, sugerida em função das anteriores denúncias anônimas e pelo fato de exercerem a atividade intermediária, ou seja, não atuavam como meros vendedores, mas como intermediários, manuseando o material tóxico.

Trata-se de contexto que retrata a personalidade do réu, e inclusive de desprezo pela vida alheia e pela sociedade, pois se envolveu na prática de delito que fomenta a multiplicação da delinquência, uma vez que, não raro, usuários e/ou dependentes químicos recorrem ao submundo do crime para angariar recursos para sustento do vício.

Ora, o artigo 44 do Código Penal, em seu inciso III, expõe elementos a serem considerados quando da substituição da pena corporal por restritiva de direitos, consignando ao final a necessidade de que a substituição seja "suficiente", o que não se vislumbra, repita-se, neste feito, especialmente, porque o acusado não apontou exercício de atividade lícita para sobreviver.

Desde já, ressalte-se que não se trata de decisão contrária à do Supremo Tribunal Federal, mas sim de resultado da análise acerca do cabimento ou não da substituição prevista no citado artigo 44, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qual, no caso em comento, é incompatível, pelos motivos expostos.

O mesmo se diga quanto ao regime prisional, que não pode ser outro que não o fechado, seja por aplicação do § 1º do artigo 2º da Lei n.8.072/90, com alteração dada pela Lei n. 11.464/07, seja por incompatibilidade da benesse ao condenado por crime hediondo, ainda que por equiparação, pela periculosidade social presumida, tudo a exigir a imposição de regime mais rigoroso para o início de cumprimento da reprimenda, independentemente do tempo de prisão provisória (fls. 131/132).

Na aplicação da pena, o juiz deve levar em consideração, além de outras circunstâncias, a quantidade e a natureza da substância apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/06), pois quanto maior o poder de disseminação e o efeito deletério do entorpecente maior a gravidade da conduta, exigindo uma resposta mais efetiva do Estado, notadamente por força do princípio da individualização da pena.

Nesse contexto, a quantidade e a natureza do entorpecente constituem circunstâncias capazes de agravar o aspecto qualitativo da reprimenda, obstando a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, como forma de se aplicar uma sanção suficiente para a repressão e prevenção do delito, nos termos do art. 44, III, do Código Penal. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. QUALIDADE E QUANTIDADE DA DROGA. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO DO STJ, EM SENTIDO CONTRÁRIO À PRETENSÃO RECURSAL. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. No que se refere à possibilidade de substituição da reprimenda reclusiva por penas restritivas de direitos, embasou-se o acórdão do Tribunal de origem, para negar o benefício, no disposto no art. 44 do Código Penal, por reputar não suficiente para a repressão e prevenção do crime, em razão da quantidade e, principalmente, da qualidade da droga apreendida ("crack"), estando o acórdão, no particular, em consonância com a jurisprudência do STJ acerca da questão. Precedentes.

2. Ante o exposto, voto por não conhecer do segundo agravo regimental interposto pelo recorrente e por negar provimento ao agravo regimental remanescente.

(AgRg no AREsp 180.327/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2014, DJe 18/08/2014)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.

[...]

5. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, conforme bem observado pelo Tribunal a quo, considerando, sobretudo, a quantidade e a qualidade da substância entorpecente apreendida (98 gramas de cocaína). Precedentes.

6. Ordem de habeas corpus não conhecida.

(HC 275.007/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2014, DJe 26/02/2014)

No caso concreto, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos foi negada com base em fundamentação idônea, tendo a Corte Estadual feito referência à parte das drogas apreendidas, sob o entendimento que "a cocaína é, certamente, uma das drogas de maior nocividade à saúde, trazendo, sem dúvida, conseqüências devastadoras" (natureza).

Por outro lado, o regime fechado foi baseado apenas no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 e na gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas, fundamentos inidôneos, segundo a jurisprudência pacífica desta Corte. Assim, tendo em vista o *quantum* de pena (inferior a 4 anos), a primariedade do ora paciente e a pena-base no mínimo legal (circunstâncias judiciais favoráveis), é cabível o regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.

Confira-se:

PROCESSUAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITOS. ART. 42 DA LEI 11.343/06 E ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. **REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO.** ILEGALIDADE RECONHECIDA. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. No contexto de racionalização do emprego do habeas corpus, mostra-se indevida a sua utilização como sucedâneo recursal.

2. Hipótese em que há flagrante ilegalidade a ser sanada. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. In casu, estando devidamente fundamentada a negativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em razão da natureza da substância entorpecente apreendida - cocaína na forma de crack (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado no que tange a essa questão.

4. Todavia, a imposição do regime inicial baseou-se, exclusivamente, na hediondez do delito e na vedação legal, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores, a requerer a aplicação de regime prisional a ser delineado nas balizas constantes do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

5. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, ratificada a liminar, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, aplicar o regime inicial aberto para o cumprimento da reprimenda.

(HC 298.223/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 3/11/2014).

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício para fixar ao paciente o regime aberto.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0272504-1

HC 339.854 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20150000458595 30079019520138260071

EM MESA

JULGADO: 04/02/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RICARDO LOURENÇO DIAS FERRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDMAR PAULO 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

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, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.