



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 312.885 - SP (2014/0343560-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RAFAELA COMUNALE ALEIXO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO AUGUSTO PEGHIM

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTOS VÁLIDOS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.340/2006. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. QUANTIDADE DE DROGA NÃO SIGNIFICATIVA PARA FINS DE IMPOSIÇÃO DO REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *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.

2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

3. Sopesada a quantidade e natureza da droga apreendida (70,1g de cocaína e 2,2g de maconha), nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, c/c o art. 59 do Código Penal, a exasperação da pena-base em 10 (dez) meses acima do mínimo, não se apresenta exagerada, porquanto fundamentada em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.

4. Os requisitos legais para a incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas são agente reconhecidamente primário, com bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

5. Concluído pelas instâncias antecedentes, com fulcro na natureza e quantidade de droga, assim como nos demais elementos colhidos na instrução (curso de agentes e apreensão de apetrechos para fracionamento de entorpecentes, 128 *eppendorfs* vazios), que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*. Precedentes.

6. Na definição do regime prisional aos condenados pelo crime de tráfico de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

drogas, o julgador deve observar os critérios estabelecidos nos arts. 33 do CP e 42 da Lei n. 11.343/2006.

7. Fixada a pena do paciente em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, reconhecida sua primariedade e sendo favorável a análise das circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, "d", do CP, sobretudo considerando-se que a quantidade de droga apreendida (70,1g de cocaína e 2,2g de maconha) não é tão elevada a ponto de justificar o regime prisional mais gravoso.

8. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do *quantum* de pena aplicada, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

9. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade.

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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, 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), 10 de maio de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 312.885 - SP (2014/0343560-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RAFAELA COMUNALE ALEIXO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO AUGUSTO PEGHIM

RELATÓRIO

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

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

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, inicialmente em regime fechado, e 583 (quinhentos e oitenta três) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ, fls. 16-19).

A Defesa interpôs apelação, contudo, o recurso foi improvido (e-STJ, fls. 79-86).

Inconformada, a impetrante manejou o *writ* em análise, no qual alega que a fixação da pena-base acima do mínimo legal não possui fundamentação idônea, visto que a quantidade de droga apreendida não é expressiva, considerando as grandes apreensões ocorridas no país.

Sustenta, também, que "o fato de terem sido apreendidos apetrechos para fracionamento da droga em nada obsta a aplicação do redutor em comento, dizendo respeito simplesmente à tipificação/caracterização do próprio delito de tráfico (e-STJ, fl. 6).

Por fim, afirma que não prospera o cumprimento inicial em regime fechado sem possibilidade de substituição da pena corporal, considerando o art. 33, § 2º, do Código Penal e o disposto nos enunciados das Súmulas 718 e 719 do STF (e-STJ, fls. 1-12).

Requer a concessão da ordem, para que seja fixada a pena-base no mínimo legal, aplicada a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas e estabelecido o regime aberto inicialmente, substituindo a penal corporal por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida (e-STJ, fls. 89-92).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 99-108), manifestou-se o Ministério Público Federal pela concessão da ordem, de ofício (e-STJ, fls. 115-121).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 312.885 - SP (2014/0343560-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RAFAELA COMUNALE ALEIXO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO AUGUSTO PEGHIM

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTOS VÁLIDOS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.340/2006. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. QUANTIDADE DE DROGA NÃO SIGNIFICATIVA PARA FINS DE IMPOSIÇÃO DO REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *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.
2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.
3. Sopesada a quantidade e natureza da droga apreendida (70,1g de cocaína e 2,2g de maconha), nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, c/c o art. 59 do Código Penal, a exasperação da pena-base em 10 (dez) meses acima do mínimo, não se apresenta exagerada, porquanto fundamentada em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.
4. Os requisitos legais para a incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas são agente reconhecidamente primário, com bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.
5. Concluído pelas instâncias antecedentes, com fulcro na natureza e quantidade de droga, assim como nos demais elementos colhidos na instrução (concurso de agentes e apreensão de apetrechos para fracionamento de entorpecentes, 128 *ependorfs* vazios), que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*. Precedentes.
6. Na definição do regime prisional aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios estabelecidos nos arts. 33 do CP e 42 da Lei n. 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Fixada a pena do paciente em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, reconhecida sua primariedade e sendo favorável a análise das circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, "d", do CP, sobretudo considerando-se que a quantidade de droga apreendida (70,1g de cocaína e 2,2g de maconha) não é tão elevada a ponto de justificar o regime prisional mais gravoso.
8. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do *quantum* de pena aplicada, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.
9. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade.

VOTO

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

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.

Destaca-se, de início, que a individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão **apenas** nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

In casu, o Juiz sentenciante procedeu à dosimetria da pena, seguindo os seguintes parâmetros:

"DIEGO AUGUSTO PEGHIM. Sopesados os critérios estabelecidos nos art. 59 e 60 do Código Penal e o artigo 42 da Lei n. 11.343/06, fixo a pena base majorada em 1/6 pela natureza e diversidade das substâncias traficadas. O réu utilizou-se de maconha e cocaína no comércio de entorpecentes, esta última consiste em substância que apresenta maior lesividade à estrutura físico orgânica e com maior e mais rápido grau de dependência. Deixo de aplicar a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Inicialmente pontuo que esta não é de aplicação automática ou obrigatória. É facultativa, deve ser analisada ao prudente critério do Juiz, em situação excepcional. Com efeito, o tráfico é delito inserido em uma cadeia de criminalidade, pois necessário é aliar-se a outros delinquentes para a obtenção do entorpecente, desde o local da produção até chegar ao pequeno traficante que vende no varejo. Assim, a experiência traz como raríssimo a hipótese do traficante a agir solitariamente, ou seja, como aquele que produz e posteriormente vende o entorpecente produzido. Em verdade, a grande maioria traz o traficante integrado a uma célula criminoso, numa cadeia necessária a consecução do objetivo comum, a disseminação da droga. Desta forma, reputo que o acusado se dedica a atividades criminosas e ainda integra, mesmo que de forma indireta, uma organização criminoso, pelos vínculos necessários ao exercício do tráfico. No caso em tela, ainda, importante ponderar ainda a grande quantidade apreendida e a atuação em coautoria. Por conseguinte, incabível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 4º, da Lei n. 11.343/06. Assim, a pena é fixada em 05 anos e 10 meses de reclusão e ao pagamento de 583 dias-multa. Ausentes outras causas modificativas, torno esta pena definitiva, consoante o sistema trifásico de aplicação." (e-STJ, fl. 18)

Instado a se manifestar quanto à dosimetria da pena imposta, a Corte local consignou que:

"Consta dos autos que, na noite do dia 13 de agosto de 2013 na Alameda Eurípedes Paim Dorneies, nº 294, comarca de Barretos, Diego Augusto Peghim e Andréia Pereira Leite preparavam, tinham em depósito e guardavam, para fins de comércio, 70,1 gramas de cocaína e 2,2 gramas de maconha, substâncias entorpecentes que causam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com as disposições legal e regulamentar.

(...)

(...)Foram até lá. Ao chegarem encontraram a ré na calçada. Ocorreu que, por uma das janelas viram Diego sentado sobre a pia da cozinha mexendo com alguma coisa. Ao adentrarem, ele saiu correndo e pulou o muro. Na pia onde ele estava encontraram uma lasca de maconha, 128 tubos tipo eppendorfs vazios, 68 já cheios de cocaína e mais um que ele estava acabando de encher. Indagada, Andreia disse que uma pessoa de nome Guilherme Henrique de Moraes, vulgo "Gui", tinha levado aquela droga para lá e Diego estava embalando. Assim, conduziram-na à Delegacia. Naquele momento, o corréu já conseguiu fugir, mas foi detido posteriormente.

(...)

Deste modo, não há que se falar em fragilidade do conjunto probatório, pelo que bem lançada a condenação.

No que tange à aplicação da reprimenda, a r. Sentença também não merece reparo.

Com efeito, a pena-base de cada um dos recorrentes foi corretamente exasperada em 1/6 nos termos do art. 42 da Lei de Drogas, ante a natureza e a quantidade expressiva de alucinógeno apreendido; anotando-se que não era mesmo o caso de aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois como bem anotado pela douta Procuradoria Geral de Justiça, **'o tráfico era praticado em concurso, foram encontrados, além das drogas, apetrechos para fracionamento da droga em porções individuais, circunstâncias que são incompatíveis com a benesse'**" (fls. 246). (e-STJ, fls. 81-84, grifou-se)

In casu, não se percebe ilegalidade flagrante na fixação da pena-base acima do seu mínimo previsto em lei.

Relativamente ao crime de tráfico de drogas, sopesada a quantidade e a natureza da droga apreendida (68 tubos de cocaína, 70,1 g, e 2,2 g de maconha), nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, c/c o art. 59 do Código Penal, a exasperação da pena-base em 10 (dez) meses acima do mínimo, não se apresenta exagerada.

Dessa forma, considerando a natureza e a quantidade de drogas apreendidas (que devem ser consideradas com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, nos termos do art. 42 da Lei de Drogas), a exasperação da pena-base não se mostra desproporcional ou desarrazoada, porquanto fundamentada em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. SUCEDÂNEO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. RECRUDESCIMENTO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. EXORBITÂNCIA DO VALOR DO DIA-MULTA. TEMA NÃO ANALISADO PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. (...)

3. Não é possível mensurar matematicamente o aumento da pena-base, de forma a se atribuir igual acréscimo de pena para cada circunstância judicial considerada negativa.

4. A lei confere ao julgador certo grau de discricionariedade na análise das circunstâncias judiciais, sendo assim, o que deve ser avaliado é se a fundamentação exposta é proporcional e autoriza a fixação da pena-base no patamar escolhido.

(...)

9. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 219.226/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 20/04/2016)

Quanto à minorante de tráfico privilegiado, nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa. Segundo entendimento desta Corte, o mencionado dispositivo legal tem como objetivo beneficiar, apenas, os pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida (AgRg no AREsp 648.408/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 5/10/2015; AgRg no REsp 1423806/SP; Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015).

In casu, as instâncias antecedentes concluíram pela dedicação do paciente a atividades criminosas, tendo em vista terem encontrado o paciente embalando entorpecentes em concurso com outra corré (Andréia), além da apreensão de "apetrechos para fracionamento de drogas em porções individuais" (e-STJ, fl. 84), que, no caso, foram 128 *ependorfs* vazios.

Assim, concluído pela instância antecedente, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*.

A propósito:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CP. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que este(a) não integre organização criminosa e que não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

se dedique a atividades delituosas.

2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, não foi aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, à vista de elementos concretos que indicaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico.

3. Para acolher a tese defensiva de que o acusado não se dedica a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência vedada na via estreita do *habeas corpus*.

4. À vista da pena final aplicada (5 anos de reclusão) e da quantidade e natureza das drogas, revela-se correta a fixação do regime inicial fechado, a teor do art. 33, § 3º, do CP, pois a escolha do regime de cumprimento da pena deu-se com observância dos critérios legais, previstos no art. 42 da Lei de Drogas.

5. Ordem não conhecida."

(HC 316.802/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 02/06/2015.)

No que tange ao regime inicial de cumprimento de pena, verifica-se flagrante ilegalidade apontada pela defesa.

Inicialmente, convém destacar que a obrigatoriedade do cumprimento inicial em regime 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.

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 a 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.

No caso em apreço, observa-se que o regime prisional mais rigoroso foi imposto sem qualquer motivação idônea. A reiterada jurisprudência desta Corte é de que a gravidade abstrata do delito não justificam a definição do modo mais severo de cumprimento da pena.

Confira-se:

"(...)

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ELEMENTOS PRÓPRIOS DO TIPO PENAL VIOLADO. IMPOSSIBILIDADE. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.464/2007. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 11.464/2007. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE MODO DIVERSO DO FECHADO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA APTA A JUSTIFICAR O MODO MAIS GRAVOSO. FAVORABILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CP. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA. 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 e sendo o acusado primário e sem antecedentes criminais, não se justifica a fixação do regime prisional



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Ademais, diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n. 11.464/2007, que estabelecia o modo inicial fechado em relação aos delitos hediondos cometidos após a sua entrada em vigor, o regime prisional para esses tipos de crimes deve ser fixado de acordo com o previsto no artigo 33 do Código Penal.

4. No caso dos autos, conquanto a autoridade apontada como coatora tenha fixado a reprimenda do acusado em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, estabeleceu o modo fechado para o resgate da reprimenda sem qualquer fundamentação concreta, baseando-se apenas na hediondez e na gravidade abstrata do crime, o que revela o constrangimento ilegal a que está sendo submetido o paciente no ponto.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de alterar o regime inicial para o semiaberto."

(HC 344.342/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 12/04/2016)

Entretanto, considerando o *quantum* da condenação definitiva (5 anos e 10 meses de reclusão), bem como as circunstâncias do delito, que justificou o aumento da pena-base (a quantidade de droga apreendida), o regime prisional **semiaberto** é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

Nesse sentido:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.340/2006. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. QUANTIDADE DE DROGA NÃO SIGNIFICATIVA PARA FINS DE IMPOSIÇÃO DO REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

4. Na definição do regime prisional, aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios estabelecidos nos arts. 33 do CP e 42 da Lei n. 11.343/2006.

5. Fixada a pena do paciente em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, reconhecida sua primariedade e sendo favorável a análise das circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, "d", do CP, sobretudo considerando-se que quantidade de droga apreendida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(61,06g de cocaína) não é tão elevada a ponto de justificar o regime prisional mais gravoso.

6. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do *quantum* de pena aplicada, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade"

(HC 338.581/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 27/04/2016)

Por fim, estabelecido o *quantum* da pena em patamar superior a 4 (quatro) anos, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

Ante o exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, a fim de fixar o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0343560-0

HC 312.885 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0013283520138260066 13283520138260066 20140000601948

EM MESA

JULGADO: 10/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

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	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: RAFAELA COMUNALE ALEIXO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: DIEGO AUGUSTO PEGHIM
CORRÉU	: ANDREIA PEREIRA LEITE

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, 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.