



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 332.036 - SP (2015/0189384-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ESTELA WAKSBERG GUERRINI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELISEU COELHO DA SILVA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO. *WRIT* 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. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, na gravidade abstrata do delito. Precedentes.
3. Estabelecida a pena definitiva em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e valorada negativamente as circunstâncias do delito (expressiva quantidade de droga apreendida – 27 "trouxinhas" de plástico contendo 21,14g de cocaína e 64 invólucros plásticos contendo 25,87g cocaína), que justificou o aumento da pena-base, o regime prisional semiaberto (o imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) 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.
4. É insuficiente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), tendo em vista a expressiva quantidade da droga apreendida com o paciente. Precedente.
5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento 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)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 332.036 - SP (2015/0189384-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ESTELA WAKSBERG GUERRINI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELISEU COELHO DA SILVA

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **ELISEU COELHO DA SILVA**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

A defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que lhe negou provimento, nos termos da seguinte ementa:

"Apelação. Tráfico de drogas. Sentença condenatória. Recurso da defesa. 1. Quadro probatório suficiente para evidenciar a responsabilidade penal do acusado pelo crime de tráfico de drogas. 2. Inviabilidade da desclassificação para a figura prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/06. 3. Quantidade da droga que pode ser levada em conta na fixação da pena-base (artigo 42 da Lei nº 11.343/06). 4. Penas que não comportam alteração. 5. Pena pecuniária prevista no preceito secundário do tipo penal do crime de tráfico de entorpecentes. Fixação pelo legislador dos limites mínimo e máximo da pena pecuniária que respeita as garantias constitucionais da isonomia e individualização da pena, tratando de forma mais rigorosa crimes de maior gravidade sob a ótica penal, como o de tráfico de entorpecentes. Pena de multa que tem por finalidade intimidar a prática do ilícito e rentável comércio de drogas. 6. Dados empíricos que exprimem elevado grau de culpabilidade e desvalor da conduta, a justificar a não substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito e imposição do regime inicial fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade. Recurso desprovido" (e-STJ, fl. 30).

Neste *writ*, a impetrante alega, em síntese, que o crime de tráfico privilegiado não é delito equiparado a hediondo, de forma que, contrariamente ao decidido, não se lhe aplicaria, nem em tese, o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990. Pondera que o paciente é primário e todas circunstâncias judiciais lhe foram favoráveis e que o simples fato de ter sido condenado pelo cometimento de tráfico privilegiado não enseja o estabelecimento do regime fechado, não podendo tal motivação servir de amparo para a fixação de regime mais gravoso. Por fim, alega que não resta dúvida quanto à possibilidade de aplicação do art. 44 do Código Penal.

Ao final, requer a concessão da ordem, liminarmente, para que seja fixado o regime inicialmente aberto ou semiaberto para o cumprimento da pena, bem como a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

A liminar foi deferida para que o paciente aguardasse o julgamento do mérito deste *habeas corpus* no regime semiaberto (e-STJ, fls. 258-262).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 276-346), manifestou-se o Ministério Público Federal pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 355-361).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 332.036 - SP (2015/0189384-4)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ESTELA WAKSBERG GUERRINI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELISEU COELHO DA SILVA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO. *WRIT* 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. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, na gravidade abstrata do delito. Precedentes.
3. Estabelecida a pena definitiva em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e valorada negativamente as circunstâncias do delito (expressiva quantidade de droga apreendida – 27 "trouxinhas" de plástico contendo 21,14g de cocaína e 64 invólucros plásticos contendo 25,87g cocaína), que justificou o aumento da pena-base, o regime prisional semiaberto (o imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) 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.
4. É insuficiente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), tendo em vista a expressiva quantidade da droga apreendida com o paciente. Precedente.
5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

VOTO

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 a justificar a concessão da ordem de ofício.

Nesse contexto, passo ao exame das supostas ilegalidades apontadas pela defesa. Conforme relatado, o paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano, 11 (onze)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, por portar 27 "trouxinhas" de plástico contendo 21,14g de cocaína e 64 invólucros plásticos contendo 25,87g também cocaína.

O Juiz sentenciante fixou o regime inicial fechado e indeferiu a substituição da pena corporal por restritiva de direito, nos seguintes termos:

"Na primeira fase, em vista do grande número de porções, apta ao atingimento de mais de cinquenta pessoas, com fundamento no art. 42 da Lei de Drogas, fixo a pena-base em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e multa de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.
(...).

Pese a primariedade, o regime inicial da reclusão é o fechado.

Apesar da declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1.º do art.2.º da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus n.º 111,840/ES, tal não ordena a fixação de regime mais brando em se entendendo que o caso seja de regime mais severo.

Com a declaração incidental de inconstitucionalidade, parece-nos, objetivou-se permitir ao Juiz, ao apreciar a demanda, que, em entendendo cabível regime mais brando de início de cumprimento de pena, ainda que hediondo ou equiparado, o delito, fixasse-o. **E, no caso em questão, a lide versa sobre tráfico de drogas, que vem se revelando uma das maiores - se não a maior chaga à sociedade, com a desestruturação de um sem número de famílias com usuários; ações ilícitas, não raro violentas, por parte destes, no afã de obtenção de recursos para aquisição das drogas; e crescimento da criminalidade organizada, que faz do comércio - totalmente ilícito - de entorpecentes negócio lucrativíssimo, inclusive a financiar outras práticas delitivas, que envolvam armas, coletes à prova de balas, instrumentos para fraudes, equipamentos e daí por diante.**

O art. 33 do Código Penal afirma, em seu § 3.º, que 'A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código'. Tal indica que não é só a quantidade de pena que deve ser considerada. Na primeira fase, a pena-base foi exasperada, e o delito, em si, é talvez o mais nefasto existente, e aqueles que o praticam estão vilipendiando severamente a sociedade, em detrimento até de amigos próximos, que lhes adquirem drogas. Portanto, não há como fixar regime inicial diverso do fechado, não obstante o empenho defensivo e a veneranda Decisão já referida.

Pelas mesmas razões acima, descabem, em nosso ver, para o caso concreto, substituição da pena privativa de liberdade e sursis.

É certo que, após decisões judiciais, o Senado Federal, pela Resolução n.º 5, de 15 de fevereiro de 2012, suspendeu a execução da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' do § 4.º do art. 33 da Lei Antidrogas.

Mais uma vez, tal se voltou a facultar ao Juiz individualizar penas.

Mas o art. 44 do Código Penal mais uma vez reza que a substituição será aplicada quando, entre outros fatores, seja reputada suficiente (inc. III), e não se a julga adequada, face ao que já se consignou quanto ao tráfico, o mesmo se aplicando ao sursis."(e-STJ, fls. 113-114, grifou-se.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal de origem confirmou a sentença monocrática, nos seguintes moldes:

"1. Por sua vez, certo que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, mercê de sua condição de intérprete maior e defensor da higidez da Constituição Federal, proclamou a inconstitucionalidade do artigo 44, da Lei nº 11.343/06, nas partes em que se vedava a concessão de liberdade provisória (HC nº 104.339, rel. Min. Gilmar Mendes) e a conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos (HC nº 97.256, rel. Min. Ayres Britto), bem do artigo 2º, par. 1º, da Lei nº 8.072, que impunha o regime inicial fechado HC nº 111.840, rei. Min. Dias Toffoli).

Sucedem que os dados empíricos da causa não permitem solução diversa da adotada na r. sentença. **Afinal, a quantidade e a natureza das drogas constituem dados empíricos que denotam um grau de culpabilidade a impor o regime inicial fechado para a pena privativa de liberdade, sob pena de não suficiente reprovação e prevenção do crime. O que também obsta a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito (artigo 44, II, do Código Penal).**

5. Por fim, a hipótese não é de se aplicar, como deseja a defesa, a pena pecuniária em quantidade inferior à prevista no tipo legal, com base nas diretrizes da Parte Geral do Código Penal." (e-STJ, fl. 39-40, grifou-se.)

Inicialmente, convém anotar 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 disposto no § 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.

Como se observa, a sentença condenatória fixou o regime inicial fechado com fundamento na gravidade abstrata do crime de tráfico de drogas.

A reiterada jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que "a gravidade abstrata do delito de tráfico de entorpecentes não serve de fundamento para a fixação do regime inicial fechado, tampouco para a negativa do benefício da liberdade provisória, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.464/2007, e de parte do art. 44 da Lei nº 11.343/2006. 3. O discurso judicial que se apresenta puramente teórico, carente de real elemento de convicção não justifica o regime mais severo para o cumprimento da pena privativa de liberdade." (HC 327.726/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2015, DJe 16/12/2015.)

Entretanto, estabelecida a pena definitiva em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e valorada negativamente as circunstâncias do delito (expressiva quantidade de droga apreendida – 27 "trouxinhas" de plástico contendo 21,14g de cocaína e 64 invólucros plásticos contendo 25,87g cocaína), que justificou o aumento da pena-base, o regime prisional **semiaberto** (o imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

59, ambos do Código Penal.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL ABERTO DE CUMPRIMENTO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. DESFAVORABILIDADE DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS, NATUREZA E DIVERSIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Embora a acusada haja sido definitivamente condenada a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, a desfavorabilidade de três circunstâncias judiciais, a natureza e a diversidade das drogas apreendidas (uma porção de maconha, pesando 26,31 gramas, e uma porção de crack, com peso de 24,80 gramas) efetivamente justificam a fixação do regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. Agravo regimental não provido."

(AgRg no AREsp 785.585/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016.)

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO. SÚMULA N. 83 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

- A presença de circunstância judicial desfavorável justifica a imposição do regime prisional semiaberto, a despeito de a pena aplicada ser inferior a quatro anos."

(AgRg no AREsp 755.696/MG, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 04/12/2015.)

No que tange ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não se identifica o apontado constrangimento sustentado pelo 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 no § 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, sopesado como desfavorável um das circunstâncias do art. 59 do CP (quantidade da droga), de fato, 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, os seguintes julgados:

"- Considerando a existência de circunstância judicial desfavorável, não há falar em flagrante ilegalidade quanto à inaplicabilidade do art. 44, III, do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CP, estando justificada a negativa da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos."

(HC 335.103/PE, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 04/02/2016.)

"1. A presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente a quantidade da droga apreendida (acima de 19 kg de maconha), é fundamento idôneo para negar a benesse relativa à substituição da pena privativa de liberdade por sanções alternativas, conforme o disposto no inciso III do art. 44 do Código Penal. Precedentes."

(AgRg no REsp 1385704/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 05/02/2016.)

Diante do exposto, **não conheço** do presente *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: 2015/0189384-4

HC 332.036 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00040122120148260405 40122120148260405 6552014

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	: ESTELA WAKSBERG GUERRINI
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ELISEU COELHO 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 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.