



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 343.884 - SP (2015/0306456-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : JEFERSON DOUGLAS PAULINO
ADVOGADO : JEFERSON DOUGLAS PAULINO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADILSON ROBERTO SILVÉRIO

EMENTA

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. RECURSO EM LIBERDADE. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. PREJUDICADO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *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, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.
3. Estabelecida a pena definitiva em 2 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão e valorado negativamente as circunstâncias do delito (concurso de agente e natureza e variedade da droga apreendida – *crack* e cocaína), 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. Noticiado o trânsito em julgado da condenação, o exame da legalidade da prisão cautelar fica superado.
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 Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de março de 2016(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 343.884 - SP (2015/0306456-1)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : JEFERSON DOUGLAS PAULINO
ADVOGADO : JEFERSON DOUGLAS PAULINO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADILSON ROBERTO SILVÉRIO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **ADILSON ROBERTO SILVÉRIO** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 244 (duzentos e quarenta e quatro) dias-multa, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, sendo-lhe permitido apelar em liberdade.

Em grau recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo da defesa, em decisão assim ementada:

"TRÁFICO DE ENTORPECENTES – Materialidade e autoria bem comprovadas – Depoimentos de policiais que nada indica tenham falseado a verdade – Sentença confirmada por seus próprios fundamentos, nos termos do art. 252, do R.I.

Recursos desprovidos." (e-STJ, fl. 32.)

Neste *writ*, alega o impetrante manifesto constrangimento ilegal, pois o regime mais severo foi estabelecido com base apenas na gravidade abstrata do delito, em contradição com o entendimento firmado nas Súmulas 718 e 719, ambas do STF.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja fixado o regime aberto.

A liminar foi deferida para que o paciente aguarde em liberdade "o julgamento definitivo deste *habeas corpus*, salvo, evidentemente, se por outro motivo estiver preso" (e-STJ, fls. 62-65).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 108-157), manifestou-se o Ministério Público Federal pela concessão da ordem de ofício para que seja fixado o regime semiaberto (e-STJ, fls. 161-168).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 343.884 - SP (2015/0306456-1)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : JEFERSON DOUGLAS PAULINO
ADVOGADO : JEFERSON DOUGLAS PAULINO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADILSON ROBERTO SILVÉRIO

EMENTA

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. RECURSO EM LIBERDADE. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. PREJUDICADO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *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, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.
3. Estabelecida a pena definitiva em 2 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão e valorado negativamente as circunstâncias do delito (concurso de agente e natureza e variedade da droga apreendida – *crack* e cocaína), 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. Noticiado o trânsito em julgado da condenação, o exame da legalidade da prisão cautelar fica superado.
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

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 a justificar a concessão da ordem de ofício.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Juiz de primeiro grau procedeu à individualização da pena nos seguintes termos:

"A culpabilidade do réu não lhe pode desfavorecer, pois normal à espécie.

O acusado não possui maus antecedentes (autos em apenso), nos termos da súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça: Inquéritos e ações em curso não podem ser consideradas para aumentar a pena-base.

Quanto a sua conduta social, não foi colhido nada que a desabone, de forma que presumindo a sua boa-fé, não há motivo para aumentar a sua reprimenda por esse requisito.

É necessário que um profissional com formação idônea para tanto avalie a personalidade do agente e afirme ser ela voltada para o crime. Como nada há nesse sentido, não se pode prejudicar o réu.

O motivo foi o habitual, ou seja, o lucro fácil.

As circunstâncias do crime desfavorecem o réu, pois houve o concurso de agentes.

As consequências foram às normais à espécie.

Não há falar em comportamento da vítima, pois esta é a coletividade.

Atento ao prescrito no art. 42 da Lei nº 11.343/06, analisando os critérios nela inseridos e diversos do art. 59 do Código Penal, entendo que a pena deve ser aumentada em razão da natureza da droga apreendida, qual seja, "crack" e cocaína, que possui efeitos bastante nocivos à saúde.

Da análise dos elementos supra, como duas circunstâncias são prejudiciais ao réu, fixo-lhe a pena base acima do mínimo legal, resultando em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Levando em conta as mesmas considerações formuladas em relação à pena base e, não havendo nos autos provas sobre a condição econômica da ré, fixo a pena de multa em 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, correspondendo o valor unitário do dia-multa em 1/30 do salário mínimo nacional vigente à época do fato, nos termos do parâmetro trazido pelo Código Penal, diante da ausência de outro critério previsto na Lei 11.343/2006.

[...]

Assim, torno a pena definitiva em 02 (dois) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pena de multa em 244 (duzentos e quarenta e quatro) dias-multa, correspondendo o valor unitário do dia-multa no valor de 1/30 do salário mínimo nacional vigente à época do fato.

Fixação do regime

O réu iniciará o cumprimento de sua pena em regime fechado, nos termos da disposição constante do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (redação dada pela Lei 11.464/2007)." (e-STJ, fls. 20-22.)

Por sua vez, o Tribunal de origem, quanto ao regime mais severo de cumprimento de pena, consignou:

"4- O regime inicial permanece o fechado e a substituição da pena carcerária de ALESSANDRO por penas alternativas fica mantida, em face do silêncio do Ministério Público.

O regime fechado é o único adequado ao delito praticado e decorre do rigor com que o legislador tratou o traficante de entorpecente, negando-lhe benefícios legais cabíveis a outros infratores. Se não tem direito à liberdade provisória, fiança etc., não faz sentido que, condenado, possa, ou receber



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena alternativa, ou cumprir pena em regime outro, que não o fechado.

O crime de tráfico de entorpecente, por expresso comando constitucional, é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (art. 5º, XLIII). O texto constitucional não excepciona, razão pela qual não há como excluir-se o traficante enquadrável no § 4º, do art. 33.

O rigor com que a Carta Política tratou o traficante é incompatível com quaisquer benefícios, tanto que o regime inicial, em tal caso, será o fechado (art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, na redação que lhe deu o art. 1º, da Lei 11.464/07)." (e-STJ, fls. 39-40.)

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 § 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, verifica-se **flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício**, pois a imposição do regime fechado está apoiada em mera fundamentação *ope legis*, decorrente de norma já declarada inconstitucional, o que não é admissível segundo reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça (Nesse sentido: AgRg no REsp 1.434.726/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015; AgRg no REsp 1.523.103/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 3/8/2015).

Entretanto, estabelecida a pena definitiva em 2 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão e valorada negativamente as circunstâncias do delito (em razão do concurso de agentes e da natureza da droga apreendida – *crack* e cocaína), 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.

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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.)

Por fim, noticiado pela autoridade coatora o trânsito em julgado da condenação (e-STJ, fl. 108), o exame da legalidade da prisão cautelar fica superado.

Diante do exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para 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: 2015/0306456-1

HC 343.884 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00018744620098260247 18744620098260247 1942009 20140000037101

EM MESA

JULGADO: 10/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: JEFERSON DOUGLAS PAULINO
ADVOGADO	: JEFERSON DOUGLAS PAULINO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ADILSON ROBERTO SILVÉRIO
CORRÉU	: BEATRIZ PEREIRA CROCE
CORRÉU	: ALBERTI CLEBER SANTOS
CORRÉU	: ALESSANDRO LOPES SOUZA
CORRÉU	: RONIVALSON NIKO DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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 Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.