



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 333.991 - SP (2015/0208284-3)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIEL DURVAULT ROITBERG
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL RODRIGUES RIBEIRO SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DECISÃO QUE ATACA INDEFERIMENTO DE LIMINAR. HIPÓTESE DE AFASTAMENTO DO ENUNCIADO SUMULAR 691/STF. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO EM RAZÃO DA HEDIONDEZ DO DELITO. INCONSTITUCIONALIDADE. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO PARA JUSTIFICAR A IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. ENUNCIADOS DE N. 718 e 719 DA SÚMULA/STF, E N. 440 DA SÚMULA/STJ. ANÁLISE DOS ARTIGOS 33, § 2º, ALÍNEA C, E § 3º, E DO ARTIGO 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. VEDAÇÃO LEGAL À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INCONSTITUCIONALIDADE. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO PARA DECRETAR PRISÃO PREVENTIVA. **WRIT** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - Ressalvadas hipóteses excepcionais, é descabido o instrumento heróico, sob pena de ensejar supressão de instância. A matéria, inclusive, já se encontra sumulada: *"Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar"* (Súmula nº 691/STF). Contudo, no caso dos autos, é de se afastar a incidência do enunciado sumular, ante a ocorrência de flagrante ilegalidade **(precedentes do STF e do STJ)**.

II - O col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§2º e 3º do Código Penal.

III - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, e do artigo 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos, e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o paciente cumprir a pena privativa de liberdade no regime inicial aberto **(precedentes)**.

IV - A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos artigos 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do CP **(precedentes)**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

V - "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea" (**Enunciado Sumular nº 719/STF**).

VI - "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" (**Enunciado nº 718/STF**).

VII - "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." (**Enunciado da Súmula nº 440 desta Corte**).

VIII - Ademais, a segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, **ex vi** do artigo 312 do Código de Processo Penal.

IX - **In casu**, os fundamentos que deram suporte à custódia cautelar do paciente não se ajustam à orientação jurisprudencial deste eg. **STJ**, uma vez que o **modus operandi** descrito no decreto prisional não evidencia a periculosidade do agente apta a justificar a imposição de sua segregação cautelar.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para, confirmando liminar anteriormente deferida, fixar o regime **aberto** para o cumprimento da pena imposta, bem como para determinar ao Juízo das Execuções Criminais que analise o preenchimento dos requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do artigo 44 do Código Penal.

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de agosto de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 333.991 - SP (2015/0208284-3)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de RAFAEL RODRIGUES RIBEIRO DA SILVA, contra r. decisão de em. Desembargador do eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Consta autos que ora paciente foi condenado como incurso no delito de tráfico **à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e multa**, no regime inicial fechado e sem o direito de recorrer em liberdade (fls. 18-23).

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus**, com pedido liminar, junto ao eg. Tribunal **a quo**, com vistas à revogação da prisão preventiva. A medida de urgência, por seu turno, foi negada, restando pendente o julgamento do mérito (fls. 16-17).

Daí o presente **writ**, no qual sustenta a defesa, em linhas gerais, que "*o paciente [...] teve o regime fechado arbitrado com base em prisão da lei de crimes hediondos e na natureza da substância (crack), apesar de ter sido apreendido com tão somente dois grama da substância, e alegado ser usuário*" (fl. 2).

Argumenta, também, que "*cabe ao Juízo do processo de conhecimento aplicar o disposto no artigo 387, §2º, do Código de Processo Penal, e não ao Juízo da Execução Penal*" (fl. 11).

Requer, ao final, a reforma do regime inicial imposto ao paciente e a revogação da prisão preventiva.

Liminar deferida às fls. 28-32.

As informações foram prestadas às fls. 44-78 e fls. 94-96.

O Ministério Público Federal, às fls. 83-87, opinou **pelo não conhecimento do habeas corpus e pela não concessão da ordem de ofício**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 333.991 - SP (2015/0208284-3)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DECISÃO QUE ATACA INDEFERIMENTO DE LIMINAR. HIPÓTESE DE AFASTAMENTO DO ENUNCIADO SUMULAR 691/STF. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO EM RAZÃO DA HEDIONDEZ DO DELITO. INCONSTITUCIONALIDADE. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO PARA JUSTIFICAR A IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. ENUNCIADOS DE N. 718 e 719 DA SÚMULA/STF, E N. 440 DA SÚMULA/STJ. ANÁLISE DOS ARTIGOS 33, § 2º, ALÍNEA C, E § 3º, E DO ARTIGO 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. VEDAÇÃO LEGAL À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INCONSTITUCIONALIDADE. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO PARA DECRETAR PRISÃO PREVENTIVA. **WRIT** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - Ressalvadas hipóteses excepcionais, é descabido o instrumento heróico, sob pena de ensejar supressão de instância. A matéria, inclusive, já se encontra sumulada: *"Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar"* (Súmula nº 691/STF). Contudo, no caso dos autos, é de se afastar a incidência do enunciado sumular, ante a ocorrência de flagrante ilegalidade (**precedentes do STF e do STJ**).

II - O col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§2º e 3º do Código Penal.

III - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, e do artigo 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos, e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o paciente cumprir a pena privativa de liberdade no regime inicial aberto (**precedentes**).

IV - A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos artigos 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do CP (**precedentes**).

V - *"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea"* (**Enunciado Sumular nº 719/STF**).

VI - *"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"* (**Enunciado nº 718/STF**).

VII - *"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."* (**Enunciado da Súmula nº 440 desta Corte**).

VIII - Ademais, a segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, **ex vi** do artigo 312 do Código de Processo Penal.

IX - **In casu**, os fundamentos que deram suporte à custódia cautelar do paciente não se ajustam à orientação jurisprudencial deste eg. **STJ**, uma vez que o **modus operandi** descrito no decreto prisional não evidencia a periculosidade do agente apta a justificar a imposição de sua segregação cautelar.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para, confirmando liminar anteriormente deferida, fixar o regime **aberto**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para o cumprimento da pena imposta, bem como para determinar ao Juízo das Execuções Criminais que analise o preenchimento dos requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do artigo 44 do Código Penal.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Pretende o impetrante, em síntese, a reforma do regime inicial executório imposto ao paciente e o reconhecimento da ausência de fundamentação da sentença condenatória na parte que o indeferiu o direito de o paciente recorrer em liberdade.

Pela análise da **quaestio** trazida à baila na exordial, verifica-se que o **habeas corpus** investe contra denegação de liminar. De fato, ressalvadas hipóteses excepcionais, é descabido o instrumento heróico, sob pena de ensejar supressão de instância.

Assim o entendimento do Pretório Excelso: HC n. 103.570/SP, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio**, Rel. p/ acórdão Min. **Rosa Weber**, DJe de 22/8/2014; HC n. 121.828/SP, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 25/6/2014; HC n. 123.549/SP AgR, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, DJe de 4/9/2014.

Da mesma forma, nesta eg. Corte: AgRg no HC n. 285.647/CE, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 25/8/2014; AgRg no HC n. 296.890/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Moura Ribeiro**, DJe de 12/8/2014; AgRg no HC n. 295.913/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 5/8/2014; PET no HC n. 294.721/PR, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 24/6/2014.

A matéria, inclusive, já se encontra sumulada: "*Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar*" (**Súmula nº 691/STF**).

Assim o fazendo, verifico que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem de ofício, no que tange ao regime prisional



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estabelecido.

Para delimitar a **quaestio**, colaciono o seguinte excerto da r. sentença condenatória, no **punctum saliens**:

"Passo à dosimetria da pena.

Seguindo o critério do art. 42, da Lei 11.343/2006 e do art. 59 do Código Penal, verifico que as circunstâncias judiciais não são desfavoráveis ao acusado, sendo as normais do tipo, de modo que a pena base por infração ao artigo 33 "caput" da Lei 11.343/06 deve ser fixada em 05 (cinco) anos de reclusão, e 500 dias-multa, fixado o valor unitário do dia-multa em um trigésimo do valor do salário mínimo, vigente à época dos fatos, devidamente corrigido até a efetiva execução da sanção pecuniária, na forma do artigo 43, do mesmo diploma legislativo, considerando as condições econômicas do réu. Deve-se registrar que a quantidade e natureza de drogas apreendidas será levada em consideração apenas na terceira fase da dosimetria, evitando-se a configuração de bis in idem, consoante fundamentação que se segue.

Na segunda fase da dosimetria, anoto que o réu é tecnicamente primário. Não havendo, portanto, circunstâncias agravantes ou atenuantes, a pena base deve ficar estabelecida em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e 500 dias-multa.

Na terceira fase, anoto que o acusado é tecnicamente primário, não indicando as circunstâncias que tenha envolvimento de forma reiterada ou profissional com a atividade criminosa, fazendo do tráfico o seu meio de vida. O que se tem é que não há provas de que o acusado praticava a traficância há um tempo considerável, de modo que deve incidir a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4.º, da Lei 11.343/06, no percentual de 1/2, tendo em vista a pequena quantidade de drogas apreendida.

[...]

No caso em tela, a utilização deste critério apenas na terceira fase permite um melhor equacionamento da pena e sua correta individualização.

Pondere-se ser incabível redução em percentual maior, tendo em vista a natureza da droga apreendida, haja vista que, como cediço, o crack é substância entorpecente que causa maior grau de dependência e agressão à saúde. Neste sentido, aliás, o estudo juntado aos autos a fls. 44/57.

Assim, por força da causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4.º, da Lei 11.343/06, reduzo a pena fixada no percentual de 1/2, o que resulta em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 250 dias-multa, na forma especificada. A míngua de outras circunstâncias que pudessem modificar a pena fixada, torno-a definitiva. Fixo o valor do dia multa no mínimo legal.

Não há mais impedimento para progressão de regime, por força do advento da lei 11.464/07, de modo que não pode ser fixado o regime integral fechado. Contudo, ao juiz do processo somente cabe fixar o regime inicial de cumprimento da pena, já que a questão da progressão de regime deve ser decidida pelo juízo da execução, à luz do artigo 66, inciso III, "b" da Lei 7.210/84 e da Lei 11.464/07. Não é possível a fixação do regime semiaberto ou aberto, já que na forma do artigo 2º, § 1.º,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da Lei 8.072/90, de acordo com a redação dada pela Lei 11.464/06, o regime inicial deve ser o fechado. Ademais, à vista das especificidades do caso concreto, considerando a natureza da droga apreendida e a traficância de substâncias que causam uma maior dependência química, a fixação de regime inicial diverso não seria suficiente para a reprovação e prevenção da conduta" (fls. 20-22, grifos meus).

Acerca do regime prisional, como cediço, insta consignar que o Plenário do col. **Supremo Tribunal Federal** declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base apenas no mencionado dispositivo legal. Em outras palavras, o estabelecimento do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração os critérios constantes dos artigos 33 e 59, ambos do Código Penal.

Este, aliás, é entendimento perfilhado por esta Corte, consoante se verifica dos seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS, PORTE ILEGAL DE ARMA E RECEPÇÃO. PENAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. DESCABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SANÇÃO MAIOR QUE QUATRO ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. RÉU PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. ADEQUAÇÃO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

7. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

8. Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, em se tratando de réu primário e com bons antecedentes, não existe razão para negar o regime inicial semiaberto.

9. Ordem de habeas corpus não conhecida. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente" (HC n. 239.999/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de 21/8/2014 - grifei).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. QUANTIDADE DE DROGAS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]

3. *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.*

4. *In casu, a imposição do regime inicial fechado baseou-se, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Ademais, sequer foi analisada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quanto aos pacientes DEIVID e SIDNEY.*

[...]" (HC n. 271.147/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 26/9/2014 - grifei).

Ademais, a jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que o deferimento do **regime aberto** se dá desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, c, e § 3º, e do art. 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Verifica-se, na presente hipótese, que a pena-base foi fixada no mínimo legal, pois consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais. Além disso, a pena final não excede quatro anos de reclusão e o paciente é primário.

Diante desse contexto, forçoso reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, eis que não há razão para não conceder o **regime aberto** para o início do cumprimento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprimenda. Neste sentido, os seguintes precedentes deste **Superior Tribunal de Justiça**:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PENA INFERIOR À 4 (QUATRO) ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. ENUNCIADOS 440 DO STJ E 718 E 719 DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 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. Conforme o entendimento reiterado desta Corte, a gravidade abstrata acerca do crime, não justifica a fixação de regime prisional mais gravoso, sobretudo quando o condenado é primário e detentor de bons antecedentes e a pena-base foi fixada no mínimo legal, como na hipótese. Viola o entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça e nas Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

3. O quantum da condenação (3 anos e 6 meses), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea "c", do CP.

4. Havendo o paciente preenchido os requisitos do art. 44 do Código Penal, deve a pena corporal ser substituída por penas restritivas de direitos.

5. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo competente" (HC n. 327.852/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 9/12/2015).

"AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. REGIME PRISIONAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO CONTIDA NO § 1º DO ART. 2º DA LEI N. 8.072/90. SÚMULAS 440/STJ, 718 E 719/STF.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (HC n. 111.840/ES), possibilitando aos condenados por crime de tráfico de drogas cumprir pena em regime prisional inicial diverso do fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. *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 (Súmula 440/STJ).*

3. *Agravo regimental improvido*" (AgRg no HC n. 283.157/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 2/4/2014, grifei).

Tal entendimento encontra-se, inclusive, sumulado, conforme pode se depreender dos enunciados n. **718** e **719** da Súmula/STF, e n. **440** da Súmula/STJ, os quais transcrevo a seguir, respectivamente:

"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."

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

"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."

Ademais, o **Pretório Excelso**, nos termos da r. decisão proferida por ocasião do julgamento do **HC n. 97.256/RS**, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal por meio da Resolução n. 5 de 16/2/2012), permitiu a concessão da benesse aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

Lado outro, quanto a alegação do impetrante de que a segregação cautelar do paciente e a sua posterior manutenção quando da sentença condenatória se sustenta em gravidade abstrata, considera que igual razão assiste ao impetrante.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constitutiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, **ex vi** do artigo 312 do Código de Processo Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A prisão preventiva, portanto, enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu, nem permite complementação de sua fundamentação pelas instâncias superiores (v.g. HC n. 93.498/MS, **Segunda Turma**, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 18/10/2012).

Na hipótese, o decreto prisional, posteriormente mantido pela sentença condenatória, está fundamentado nos seguintes termos, **in verbis**:

"Os elementos informativos, em cognição provisória, justificam a prisão preventiva em razão da ofensividade da conduta - revelada pela natureza e quantidade de droga apreendida, e sobretudo pelas circunstâncias objetivas do tráfico, praticado em lugar público e à luz do dia.

Trata-se de delito equiparado a hediondo por disposição constitucional e o malefício da droga na sociedade contemporânea é notório, por ser causa de dramas familiares e degeneração de valores morais, e ainda se relacionar a outros ilícitos (corrupção, lavagem de dinheiro e homicídios, bem como roubos e furtos praticados em crise aguda de drogadição, etc). A ideia de ordem pública é ampla e sua garantia não deve se limitar a situações de insurreição, sublevação ou sedição popular.

Em verdade, no contexto brasileiro de anomia e impunidade crônica, com os crescentes indicadores de violência e consumo de crack, entende-se que a ordem pública vem sendo violada permanentemente, sobretudo em locais densamente povoados - onde campeia o narcotráfico e os pais não dormem sossegados sabendo o que seus filhinhos inevitavelmente assistem na porta de casa - a conduta do indiciado afigura-se manifestamente perigosa ao convívio social, daí a insuficiência de outra medida para o justo equilíbrio entre segurança coletiva e interesse individual.

Cumpre lembrar que o Estado Brasileiro também é signatário da Convenção de Viena (promulgada por meio do Decreto nº 154/1991), pela qual se comprometeu a dotar de "eficiência máxima" as medidas de repressão ao narcotráfico. Nesse sentido acórdão do Supremo Tribunal Federal relatado pela Ministra Rosa Weber: "O efeito disruptivo e desagregador do tráfico de drogas, este associado a um mundo de violência, desespero e morte para as suas vítimas e para as comunidades afetadas, justifica tratamento jurídico mais rigoroso em relação aos agentes por eles responsáveis a refletir na análise dos casos concretos" (HC 113.853-RS, j. 19.3.13).

Imperioso, portanto, acautelar o meio social, evitando assim a reiteração criminosa (garantia da ordem pública). Ainda, não há dados fidedignos sobre a condição pessoal do indiciado e a experiência subministrada pelo que normalmente acontece mostra que os acusados de delitos graves, não raro de vida instável, dificilmente são localizados para os atos e termos do processo, de modo que a medida cautelar também se faz necessária para assegurar a aplicação da Lei Penal.

Posto isso, converte-se a prisão em preventiva" (fls. 24-25).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A análise do trecho transcrito permite reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, uma vez que os fundamentos que dão suporte à prisão cautelar do paciente não se ajustam à orientação jurisprudencial que esta **Corte Superior de Justiça** firmou acerca da matéria.

Como se sabe, a gravidade abstrata do delito não autoriza a decretação ou a manutenção da prisão cautelar imposta. **Nesse sentido**, os seguintes precedentes desta Corte: AgRg no HC n. 278.766/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 26/8/2014; RHC n. 39.351/PE, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014; RHC n. 47.457/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 1º/9/2014; HC n. 275.352/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 2/9/2014, v.g..

In casu, os fundamentos que deram suporte à custódia cautelar do paciente não se ajustam à orientação jurisprudencial deste eg. **STJ**, uma vez que o **modus operandi** descrito no decreto prisional não evidencia a periculosidade do agente apta a justificar a imposição de sua segregação cautelar.

A análise do trecho transcrito permite reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, uma vez que os fundamentos que dão suporte à prisão cautelar do paciente não se ajustam à orientação jurisprudencial que esta **Corte Superior de Justiça** firmou acerca da matéria.

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**. Contudo, **concedo a ordem de ofício** para, confirmando a liminar anteriormente deferida, fixar o regime **aberto** para o cumprimento da pena imposta, bem como para determinar ao Juízo das Execuções Criminais que analise o preenchimento dos requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do artigo 44 do Código Penal.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0208284-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 333.991 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00014403520158260348 14403520158260348 21658947220158260000

EM MESA

JULGADO: 16/08/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

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 : DANIEL DURVAULT ROITBERG
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL RODRIGUES RIBEIRO SILVA (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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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