



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 361.219 - SP (2016/0172112-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : THELMA ISABEL BRANDI
ADVOGADO : THELMA ISABEL BRANDI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO VICTOR NASCIMENTO

EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REDUTORA EM 1/2. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITO SUBJETIVO. NÃO PREENCHIMENTO. 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. Hipótese em que o regime inicialmente semiaberto se apresenta adequado, pois embora a pena privativa de liberdade tenha totalizado em 2 anos e 11 meses de reclusão, admitindo, portanto, o regime aberto, nos termos do art. 33, § 2º, "c", a adoção do modo mais gravoso encontra amparo no disposto nos arts. 33, § 3º, do Código Penal e 42, da Lei n. 11.343/2006, considerando a quantidade e a natureza das drogas apreendidas (200 porções de maconha, 186 de cocaína, 23 porções de *crack*, e 05 vidros contendo lança-perfume).

3. *In casu*, 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), diante da quantidade e variedade das drogas apreendidas.

4. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício*, a fim de fixar o regime semiaberto como o inicial 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), 16 de agosto de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 361.219 - SP (2016/0172112-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : THELMA ISABEL BRANDI
ADVOGADO : THELMA ISABEL BRANDI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO VICTOR NASCIMENTO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso com pedido liminar impetrado em favor de **PAULO VICTOR NASCIMENTO**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede de apelação, sua pena foi mantida nos termos do édito condenatório.

Neste *writ*, alega a impetrante que o paciente faz jus ao regime aberto bem como à substituição da pena por restritivas de direitos.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 39/10).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 48/68).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento ou denegação da ordem (e-STJ, fls. 72/75).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 361.219 - SP (2016/0172112-4)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : THELMA ISABEL BRANDI
ADVOGADO : THELMA ISABEL BRANDI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO VICTOR NASCIMENTO

EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REDUTORA EM 1/2. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITO SUBJETIVO. NÃO PREENCHIMENTO. 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. Hipótese em que o regime inicialmente semiaberto se apresenta adequado, pois embora a pena privativa de liberdade tenha totalizado em 2 anos e 11 meses de reclusão, admitindo, portanto, o regime aberto, nos termos do art. 33, § 2º, "c", a adoção do modo mais gravoso encontra amparo no disposto nos arts. 33, § 3º, do Código Penal e 42, da Lei n. 11.343/2006, considerando a quantidade e a natureza das drogas apreendidas (200 porções de maconha, 186 de cocaína, 23 porções de *crack*, e 05 vidros contendo lança-perfume).

3. *In casu*, 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), diante da quantidade e variedade das drogas apreendidas.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de fixar o regime semiaberto como o inicial 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.

No caso, não se observa flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus* de ofício.

O Juízo sentenciante ficou o regime inicialmente fechado "tendo em vista a gravidade do delito imputado aos acusados, que é fator de desestabilidade social e familiar, com todas as conseqüências decorrentes do deletério comércio de entorpecentes" (e-STJ, fl. 16) e entendeu inadmissível a substituição da pena por restritivas de direitos, sob o entendimento de que, o tráfico de drogas, mesmo depois da Resolução 05/2012 do Senado Federal, "mantém sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

natureza de delito equiparado aos hediondos", razão pela qual não comporta a aplicação de penas alternativas (e-STJ, fl. 17).

O Tribunal *a quo* acompanhou "o entendimento de que descabe a fixação de regime diverso do fechado para início do cumprimento da pena, e muito menos a sua substituição por pena restritiva de direitos, diante da expressa e inequívoca gravidade abstrata do crime" (e-STJ, fl. 35).

Releva salientar que, 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, também o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com 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.

A teor da Súmula 440 do STJ, "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". No mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do STF estabelecem que o regime mais gravoso exige fundamento idôneo, não constituindo motivo idôneo a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito, *in verbis*:

"Súmula 718 do STF: 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."

"Súmula 719 do STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

No caso, como visto, o Juízo sentenciante fixou e o Tribunal de origem manteve o regime fechado em razão da hediondez do crime de tráfico de drogas.

Assim, estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 11 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime aberto seria o cabível para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, a teor do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.

Na hipótese, no entanto, o Tribunal *a quo* ressaltou que a causa especial de redução de pena não deveria ter sido aplicada diante das circunstâncias do caso concreto, tendo mantido a redução "à vista da inércia do representante do Ministério Público" (e-STJ, fl. 33).

Segundo se observa do acórdão *a quo*, as circunstâncias do caso concreto extraídas da própria sentença condenatória implicariam na imposição de uma pena mais gravosa ao apenado se tivessem sido devidamente sopesadas:

"Entretanto, o MM Juízo entendeu estarem presentes os requisitos para aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei Antidrogas, diminuindo a pena em 1/2, o que a meu sentir, é inapropriado, e tampouco há que se falar em redução máxima da pena, eis que além da quantidade de droga que os acusados mantinham na via pública 23 porções de "crack", 200 porções de maconha, 186 pinos de "cocaína", além de 05 frascos de lança-perfume, eles não comprovaram ocupação lícita, o que bem indica a dedicação efetiva e não eventual do comércio espúrio, não parecendo crível que, desempregados, estivessem de posse de tais porções, sem que a tanto não estivessem ligados a outros indivíduos versados na mesma criminalidade, ou que ao menos estivessem atuando há bom tempo no comércio espúrio." (e-STJ, fl. 32).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No entanto, diante da vedação da *reformatio in pejus*, a redutora não foi excluída.

Sendo assim, o regime inicialmente semiaberto se apresenta adequado, pois embora a pena privativa de liberdade tenha totalizado em 2 anos e 11 meses de reclusão, admitindo, portanto, o regime aberto, nos termos do art. 33, § 2º, "c", a adoção do modo mais gravoso encontra amparo no disposto nos arts. 33, § 3º, do Código Penal e 42, da Lei n. 11.343/2006, considerando a quantidade e a natureza das drogas apreendidas (200 porções de maconha, 186 de cocaína, 23 porções de *crack*, e 05 vidros contendo lança-perfume).

No que tange ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, verifica-se que não assiste razão ao 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, 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), diante da quantidade e variedade das drogas apreendidas.

Sobre o tema, o seguinte julgado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADO A 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. BENEFÍCIO NEGADO EM VIRTUDE DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- Para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso do que comporta a pena, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Nos termos do entendimento firmado por esta Corte Superior de Justiça, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais severo. Na hipótese, o acórdão recorrido fundamentou a necessidade do regime fechado com base na quantidade e na nocividade da droga apreendida (47,9g de cocaína).
- Embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos (pena de 2 anos e 6 meses de reclusão), cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, fazendo jus o paciente ao regime intermediário, qual seja, o semiaberto. Precedentes desta Corte.
- Ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012.
- De outro lado, nos termos do fixado pela jurisprudência desta Corte, a quantidade e a natureza da droga apreendida podem, ao lado dos demais elementos constantes do processo, interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. No caso, o acórdão recorrido, de forma fundamentada, entendeu por sua inadequação, ante o fato de que, com o paciente, foram apreendidos 47,9g de cocaína, quantidade e nocividade que não recomendam a substituição da pena corporal, consoante o disposto no art. 44, III, do CP.
- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto."
(HC 322.337/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 23/02/2016.)

Diante do 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: 2016/0172112-4

HC 361.219 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00368118620148260577 20160000376194 368118620148260577

EM MESA

JULGADO: 16/08/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

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	: THELMA ISABEL BRANDI
ADVOGADO	: THELMA ISABEL BRANDI
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: PAULO VICTOR NASCIMENTO
CORRÉU	: DIEGO WASHINGTON DE FARIA BARBOZA
CORRÉU	: LUCIMAURO DE JESUS SANTOS

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.