



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 379.637 - SP (2016/0306432-6)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : ADRIANA TESTI TIRELLI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON RICARDO MESSIAS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO. ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal – CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo, de acordo com o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

In casu, em razão da primariedade do paciente, do *quantum* de pena aplicado, inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, "c", do CP), da inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP), bem como da fixação da pena-base no mínimo legal, o regime a ser imposto deve ser o aberto. Precedentes.

3. A quantidade e/ou natureza dos entorpecentes é fundamentação idônea para justificar a vedação à substituição da pena por medidas restritivas de direitos, de acordo com o disposto no inciso III do art. 44, do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

Na hipótese, constata-se que, o Tribunal *a quo* fundamentou a vedação à substituição da pena por restritiva de direitos com base na gravidade concreta do delito, revelada pela variedade de drogas apreendidas.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, ratificando a liminar anteriormente deferida, fixar o regime inicial aberto para cumprimento de pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 379.637 - SP (2016/0306432-6)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : ADRIANA TESTI TIRELLI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON RICARDO MESSIAS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de ANDERSON RICARDO MESSIAS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação n. 0022616-04.2015.8.26.0564.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado por ter praticado o delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de entorpecentes), à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao recurso em acórdão assim ementado:

Tráfico - Condenação - Pedido de absolvição - Impossibilidade - autoria e materialidade devidamente comprovadas - Robusto conjunto probatório - Pedidos subsidiários - Impossibilidade - Negado provimento ao apelo defensivo (fl. 29).

Daí o presente *writ*, no qual a defesa alega que a gravidade abstrata do delito não pode ser utilizada para fundamentar imposição de regime mais gravoso. Sustenta que a obrigatoriedade de fixação de regime fechado, bem como a vedação de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos estão pautada em dispositivos julgados inconstitucionais pela Suprema Corte e afastados pela Resolução n. 5 do Senado Federal.

Requer, assim, em liminar e no mérito, a fixação de regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi deferido "*para assegurar ao paciente que aguarde em regime aberto o julgamento do presente mandamus*" (fls. 61/63).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As informações foram devidamente prestadas (fls. 51/52 e 70/88) e o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem (fls. 92/102).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 379.637 - SP (2016/0306432-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a fixação do regime inicial aberto, bem como a substituição da reprimenda por restritiva de direitos.

O paciente foi preso em flagrante na posse de 12 porções de cocaína (7,04g) e 7 trouxinhas de maconha (11,45g).

Nesse contexto, foi condenado por tráfico de drogas, tendo o Juízo de primeiro grau fixado a pena em 1 ano e 8 meses, em regime inicial fechado. O Tribunal *a quo*, por sua vez, negou provimento à apelação da defesa, sob os seguintes fundamentos:

Na primeira fase da dosimetria, de acordo com o disposto no artigo 59 do Código Penal e no artigo 42 da Lei de Drogas, se mantém a fixação da pena base no mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão, e o pagamento de 500 (quinhentos) dias multa.

Após, não se verificam circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas.

Na terceira fase, com a concessão do benefício do §4º do artigo 33 da Lei de Drogas, permanece a redução em 2/3 (dois terços) perfazendo a reprimenda total de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, e o pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias multa, no piso, a qual se tornou definitiva pela ausência de outras causas a serem consideradas na dosimetria da pena.

No que diz respeito à substituição da pena corporal por restritivas de direitos, apesar da recente Resolução nº 5 editada pelo Senado Federal, através da qual ficou suspensa a expressão vedada a conversão em penas restritivas de direitos presente no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, a mesma não seria possível.

É importante consignar que, os efeitos nocivos do crime de tráfico de drogas, que acarretam profundas feridas na sociedade atual, revelam a postura indiferente adotada pelo agente com relação à saúde pública, o bem estar social, e as nefastas conseqüências de seus atos. O que vai de encontro com o requisito previsto pelo inciso III, do artigo 44,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do Código Penal, qual seja, os motivos e circunstâncias do crime indicarem que essa substituição seja suficiente.

A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não é cabível na espécie, uma vez que seria insuficiente à prevenção e repressão do ilícito penal (art. 44, III do Código Penal).

[...]

Além do mais, a concessão de tal benefício não se mostra suficiente e adequado à repreensão do acusado também em razão das circunstâncias do caso concreto, não se esquecendo de que ele foi flagrando em local conhecido como "biqueira", na posse de duas espécies de entorpecentes (cocaína e maconha) e de considerável valor em dinheiro (quatrocentos e catorze reais), sendo que, na Delegacia, confessou aos policiais que havia sido contratado para trabalhar no local, mediante o pagamento de 10% do faturamento, assim, claramente exercia a atividade ilícita como meio de vida.

Por fim, é incogitável a alteração do regime inicial imposto, qual seja o fechado. Consigne-se que a concessão de regime inicial diverso desvitaliza a eficácia intimidante da pena, incentivando a prática do tráfico. A prevalecer o entendimento segundo o qual o regime prisional é corolário imperativo do quantum da pena, seria obrigatório, em linha de coerência, premiar o autor com o regime aberto, medida imprópria, inconveniente e inadequada para um crime tão grave.

E mais, conforme o disposto no §3º do artigo 33 do Código Penal, a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no artigo 59 do mesmo Código. Desta feita, verifica-se, claramente, que a pena aplicada não é único parâmetro a ser utilizado na fixação do regime, sendo que o próprio texto legal afirma que o condenado a pena inferior quatro anos, não reincidente, poderá (grifo meu), desde o princípio, cumprir a pena em regime aberto. Assim, as circunstâncias do delito já mencionadas acima e a gravidade do crime cometido, justificam o regime inicial fechado, sendo que outro não seria suficiente (fls. 36/40).

Na hipótese, verifico que a imposição do regime fechado está lastreada exclusivamente na gravidade abstrata do delito, em ofensa ao enunciado n. 440 da Súmula do STJ, que assim dispõe:

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, são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF, os quais indicam:

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Dessa forma, em razão da primariedade do paciente, do *quantum* de pena aplicado, inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, "c", do Código Penal – CP), da inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP), bem como da fixação da pena-base no mínimo legal, o regime a ser imposto deve ser o aberto.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO MINISTERIAL DE QUE AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO IMPEDIRIAM A FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE E QUANTUM DE PENA ESTABELECIDO INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. REGIME ABERTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Na hipótese, consideradas favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, sendo primário o recorrente e o quantum de pena estabelecido não excede 4 (quatro) anos, não há razão para que não se conceda ao recorrente o regime aberto para início de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal.

II - Ademais, não é idônea a utilização da quantidade de droga exclusivamente no momento de fixação do regime prisional, sem que tal circunstância tenha sido utilizada na primeira ou na terceira fases da dosimetria da pena Agravo regimental desprovido (AgRg no RHC 62.627/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 15/04/2016).

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ROUBO. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. SÚMULA 440/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO E 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. Os fundamentos genéricos utilizados na sentença não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal), contrariando a Súmula 440 deste Superior Tribunal.

3. Hipótese na qual o réu é primário e a pena-base corresponde ao mínimo legal, porquanto favoráveis as circunstâncias judiciais, sendo a pena definitiva inferior a 4 (quatro) de reclusão. A teor do art. 33, §§ 2º, alínea "c", e 3º, c/c o art. 59, ambos do CP, não se afigura idônea a justificativa apresentada para afastar a aplicação ao caso concreto do regime aberto para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de estabelecer o regime prisional aberto para o desconto da sanção corporal imposta ao paciente, salvo se por outro motivo estiver descontando pena em regime mais severo (HC 343.034/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 10/03/2016).

No que se refere à substituição da pena por restritiva de direitos, constato que, Tribunal a quo fundamentou-a com base na gravidade concreta do delito, revelada pela variedade de drogas apreendidas (7,04g de cocaína e 11,45g de maconha).

Dessa forma, a quantidade e/ou natureza dos entorpecentes é fundamentação idônea para justificar a vedação à substituição da pena por medidas restritivas de direitos, de acordo com o disposto no inciso III do art. 44, do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. NEGATIVA EM VIRTUDE DA DIVERSIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

- **Considerando que a pena foi fixada em 3 anos e 4 meses de reclusão, pela primariedade do acusado e a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, mas, por outro lado, tendo em vista a não aplicação da minorante no patamar máximo de 2/3, em razão da quantidade da droga apreendida - 151g de maconha e 11g de cocaína -, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.**

- **Quanto à substituição, verifica-se que as circunstâncias do caso concreto não recomendam, tendo em vista a diversidade e natureza das drogas apreendidas - maconha e cocaína.**

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto (HC 360.508/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 12/08/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990. FUNDAMENTO INVÁLIDO. DISPOSITIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. DESPROPORCIONALIDADE. **PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. DIVERSIDADE E NATUREZA DA DROGA VALORADOS NA TERCEIRA FASE. REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.** MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

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 (em 27/6/2012).

3. Estabelecida a pena definitiva em 2 (dois) anos de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave segundo o quantum da sanção aplicada) é o suficiente à prevenção e à reparação do delito, considerada a natureza e a variedade das drogas apreendidas (63 eppendorfs contendo 57,6 gramas de cocaína, 12 invólucros plásticos contendo 13,7 gramas da mesma droga, além de 13 "trouxinhas" contendo 32,8 gramas de maconha), elencadas como circunstâncias prevaletentes, a teor dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedente.

4. Não se mostra socialmente recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista a natureza e a diversidade da droga apreendida com o paciente, que denotam contornos de maior gravidade ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tráfico ilícito de drogas. 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 (HC 333.864/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 29/03/2016).*

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para, ratificando a liminar anteriormente deferida, fixar o regime inicial aberto para cumprimento de pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0306432-6

HC 379.637 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00226160420158260564 18302015 20160000681303 226160420158260564

EM MESA

JULGADO: 16/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA	: ADRIANA TESTI TIRELLI
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ANDERSON RICARDO MESSIAS

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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.