



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 410.137 - SP (2017/0186881-5)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : **MARCIO CORREA GOMES**
ADVOGADO : **MARCIO CORREA GOMES - SP315743**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **MARCIO TOME (PRESO)**

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRIVILÉGIO. PATAMAR MÁXIMO. CABIMENTO. REGIME INICIAL. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO AO NOVO **QUANTUM** DA PENA. REGIME ABERTO. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A jurisprudência deste Tribunal Superior se firmou no sentido de que a fixação do regime inicial do crime de tráfico de entorpecente deve observar os preceitos constantes dos artigos 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

III - **No caso**, verifica-se que a pena-base foi fixada **no mínimo legal** (circunstâncias judiciais favoráveis), **de modo que** a causa especial de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, foi aplicada no patamar máximo. Assim, considerando a primariedade do paciente, bem como o **quantum** de pena estabelecido, forçoso concluir que faz **jus** ao regime **aberto** para início do cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício** para fixar o regime prisional **aberto** para o início do cumprimento da pena do paciente.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de setembro de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 410.137 - SP (2017/0186881-5)

IMPETRANTE : MARCIO CORREA GOMES
ADVOGADO : MARCIO CORREA GOMES - SP315743
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCIO TOME (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício de **MARCIO TOME**, apontando como autoridade coatora o eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente, em sede de parcial provimento de recurso da defesa, foi condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, mais ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006.

No presente **writ**, o impetrante sustenta, em síntese, que *"O paciente foi processado e condenado como incurso no artigo 33, § 40, da Lei 11.343/06, as penas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão em regime fechado, porque no dia 09 de junho de 2015, trazia consigo para fins de comercialização 08 (oito) pinos de cocaína.[...]"*

Nesse compasso, a defesa alega: *"[...]Em se tratando de individualização da pena, é pacífico o entendimento de que a pena aplicada no mínimo legal, com a aplicação do redutor na fração máxima, torna-se inidôneo a aplicação de regime mais gravoso. Ademais, não fica o julgador adstrito na aplicação regime diverso, desde que seja devidamente fundamentado. No caso concreto, a aplicação do regime mais gravoso se deu com a fundamentação na gravidade abstrata do crime, contrariando assim, o Artigo 33 do Código Penal, as sumulas 440 do Superior Tribunal de Justiça, 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, bem como o entendimento pacificado sobre o assunto. [...]"*

Requer, ao final, a concessão da ordem, para a fixação do regime aberto, para início de cumprimento da reprimenda imposta ao recorrente (fls. 1-8).

O pedido liminar foi deferido, às fls. 125-128.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As informações foram prestadas às fls. 181-218.

O Ministério Público Federal, às fls. 221-226, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, mas pela concessão da ordem, de ofício.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 410.137 - SP (2017/0186881-5)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : MARCIO CORREA GOMES
ADVOGADO : MARCIO CORREA GOMES - SP315743
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCIO TOME (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRIVILÉGIO. PATAMAR MÁXIMO. CABIMENTO. REGIME INICIAL. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO AO NOVO **QUANTUM** DA PENA. REGIME ABERTO. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A jurisprudência deste Tribunal Superior se firmou no sentido de que a fixação do regime inicial do crime de tráfico de entorpecente deve observar os preceitos constantes dos artigos 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

III - **No caso**, verifica-se que a pena-base foi fixada **no mínimo legal** (circunstâncias judiciais favoráveis), **de modo que** a causa especial de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, foi aplicada no patamar máximo. Assim, considerando a primariedade do paciente, bem como o **quantum** de pena estabelecido, forçoso concluir que faz **jus** ao regime **aberto** para início de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. **Ordem**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concedida de ofício para fixar o regime prisional **aberto** para o início do cumprimento da pena do paciente.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Inicialmente, cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada, para a análise da dosimetria da pena, quando não for necessária um exame aprofundado do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade, vale dizer:

*“O entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita”* (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

Em relação ao regime prisional, sabe-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 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.

Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"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."

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, **in verbis**:

"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."

Cotejando os autos, infere-se que as instâncias ordinárias fundamentaram a fixação do regime fechado, para início de cumprimento de pena, com lastro apenas na hediondez e em elementos inidôneos a ensejar a necessidade do regime mais gravoso, configurando-se, assim, o constrangimento ilegal.

In casu, verifica-se que o paciente, além de ser primário, teve a pena fixada no mínimo legal e fez jus à incidência da minorante inserta no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, mostrando-se plausível, assim, a readequação do regime prisional.

Nesse compasso, uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, c/c o art. 59 do CP, quais sejam: a ausência de reincidência; condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e o reconhecimento de circunstâncias judiciais inteiramente favoráveis (**art. 59 do CP**), deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional aberto.

Esse também é entendimento perflhado por esta Corte:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ELEMENTOS INIDÔNEOS. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. 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. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

3. Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do delito, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, para afastar a aplicação da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. *Precedentes.*

4. Hipótese as instâncias antecedentes, de forma motivada, atentas as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, consideraram a natureza e a quantidade das drogas apreendidas - 27 porções de cocaína, 15 porções de maconha, 13 porções de crack e 5 frascos de lança perfume, exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria da pena, para fazer incidir a minorante em 1/2, o que não se mostra desproporcional.

5. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.

6. Estabelecida a pena em patamar inferior a 4 anos, verificada a primariedade do réu e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime aberto é o adequado e suficiente ao cumprimento da pena reclusiva, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do CP. *Precedentes.*

7. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. *Precedentes.*

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser estabelecida pelo Juízo Execução" (HC n. 397.379/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 28/8/2017).

"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DIMINUIÇÃO DE PENA. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. MOTIVAÇÃO CONCRETA. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL ABERTO. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O estabelecimento do redutor em metade não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da quantidade da substância entorpecente apreendida, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. Motivada de maneira concreta a fixação do quantum de aplicação do referido benefício, não há falar em ilegalidade.

2. 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, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. In casu, foi fixado o regime inicial fechado com base na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

4. Fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação, e aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, sendo a reprimenda final de 2 anos e 6 meses de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial aberto, a teor do disposto no art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

5. Ordem parcialmente concedida, a fim de fixar o regime inicial aberto para início do desconto da pena dos pacientes" (HC n. 392.133/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 9/6/2017).

Ante o exposto, **não conheço do writ.**

Todavia, **concedo a ordem**, de ofício, para, confirmando a liminar, **fixar o regime aberto**, para o início do desconto da reprimenda aplicada ao paciente.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0186881-5

HC 410.137 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00035277020158260248 20003527702015826024 2015000992 20170000462822
35277020158260248 9922015

EM MESA

JULGADO: 19/09/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCIO CORREA GOMES
ADVOGADO : MARCIO CORREA GOMES - SP315743
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCIO TOME (PRESO)
CORRÉU : MARCELO VANZELLA

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.