



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 522.402 - SP (2019/0211517-7)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
THIAGO SOARES PICCOLOTTO - SP225902
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VANESSA ANGELA DE SOUZA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, como no caso dos autos, ressalvando-se, porém, a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, se constatada a existência de flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. O regime fechado está baseado na gravidade abstrata do delito, em desrespeito ao enunciado n. 440 da Súmula desta Corte.

As circunstâncias judiciais favoráveis, a primariedade da paciente, o *quantum* de pena e a pouca quantidade de droga (12,8g de maconha) permitem a fixação do regime aberto, nos termos dos arts. 33 do Código Penal – CP e 42 da Lei n. 11.343/06.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília, 15 de agosto de 2019(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 522.402 - SP (2019/0211517-7)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
THIAGO SOARES PICCOLOTTO - SP225902
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VANESSA ANGELA DE SOUZA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem pedido de liminar, impetrado em benefício de VANESSA ANGELA DE SOUZA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou a paciente a 2 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, substituída a pena por restritiva de direitos, como incursa no art. 33, § 4º, c.c art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/06 (tráfico privilegiado).

O Tribunal *a quo* negou provimento à apelação da defesa.

No presente *writ*, a impetrante alega, em síntese, que a paciente preenche todos os requisitos para a fixação do regime inicial aberto.

Requer a concessão da ordem nesse sentido.

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem nos termos da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INVIABILIDADE. EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS NA MODALIDADE PRIVILEGIADA. REGIME FECHADO. ILEGALIDADE. CONCESSÃO DE OFÍCIO DA ORDEM (fl. 64).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 522.402 - SP (2019/0211517-7)

VOTO

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

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção.

De início, eis a fundamentação do Tribunal *a quo*:

[...]

A pena foi devidamente individualizada e justificada, não comportando alteração.

Na primeira fase da dosimetria, em atenção ao disposto no artigo 59, do Código Penal, e artigo 42, da Lei de Drogas, a pena foi corretamente fixada no mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda fase, apesar de reconhecida a atenuante da confissão, não há reflexo na pena. Ressalto que não é possível a redução da pena aquém do patamar mínimo, em virtude da aplicação de circunstâncias atenuantes, consoante orientação emanada da Súmula nº 231 do STJ. De fato, as circunstâncias atenuantes previstas no artigo 65 do Código Penal, ao contrário das causas de diminuição de pena, não integram o tipo penal, sendo, por isso, genéricas. Daí por que, ao reconhecê-las, é vedado ao Juiz abrandar a reprimenda aquém do piso mínimo previsto pelo legislador.

Na etapa derradeira, a pena sofreu um aumento de 1/6 (um sexto), em razão do disposto no inciso III, do artigo 40, da Lei de Drogas, e, em seguida, foi reduzida diante da causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da referida Lei, ficando estabelecida definitivamente em 02 (dois) anos de reclusão e pagamento de 200 (duzentos) dias-multa, no mínimo legal.

Por outro lado, considerando-se como critérios orientadores para a fixação do regime inicial de cumprimento da reprimenda não só aqueles previstos no § 2º do artigo 33 do Código Penal, mas também as circunstâncias judiciais, tal como dispõe o artigo 33, § 3º, do mesmo Codex, a conclusão lógica é no sentido da manutenção do regime mais rigoroso, tal como estabelecido, que, em verdade, é o que atende à finalidade da pena como resposta social e na medida da reprovabilidade da conduta da apelante. De fato, regime prisional menos rigoroso não seria suficiente para a correta reprovação e prevenção do delito praticado pela acusada (fls. 37/38).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O regime fechado está baseado na gravidade abstrata do delito, em desrespeito ao enunciado n. 440 da Súmula desta Corte.

As circunstâncias judiciais favoráveis, a primariedade da paciente, o *quantum* de pena e a pouca quantidade de droga (12,8g de maconha) permitem a fixação do regime aberto, nos termos dos arts. 33 do Código Penal – CP e 42 da Lei n. 11.343/06.

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 15/4/2016).

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 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)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 10/3/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). GRAVIDADE ABSTRATA E NATUREZA HEDIONDA DO DELITO. SÚMULA 440/STJ. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. Na identificação 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 regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal.

5. Hipótese em que a Corte de origem fixou o regime inicial mais gravoso, com fulcro na gravidade abstrata e natureza hedionda do delito, em manifesta afronta ao entendimento firmado nas Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

6. Fixada a pena definitiva em 5 anos e 10 meses de reclusão (art. 33, caput, c/c art. 40, VI, da Lei de Drogas), verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o cabível para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal, sobretudo quando assentado no acórdão impugnado não ser expressiva a quantidade de droga apreendida.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade (HC 369.210/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 12/12/2016).

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*, mas pela concessão da ordem, de ofício, para fixar o regime inicial aberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0211517-7

HC 522.402 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00000596620188260548 2018000022 20190000531061 596620188260548

EM MESA

JULGADO: 15/08/2019

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

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
ADVOGADOS	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO THIAGO SOARES PICCOLOTTO - SP225902
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: VANESSA ANGELA DE SOUZA
INTERES.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.