



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.311 - SP (2014/0237333-3)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : **EDSON CHIAVEGATO**
ADVOGADO : **EDSON CHIAVEGATO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **FELIPE VICENTE LACERDA (PRESO)**

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**. INDEFERIMENTO DE LIMINAR. NÃO CABIMENTO. SUPERAÇÃO DO ENUNCIADO N. 691 DA SÚMULA DO STF. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIALMENTE FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - Apesar de não se admitir, em princípio, a impetração de **habeas corpus** contra decisão que denega pedido liminar em sede de **writ** impetrado na origem, sob pena de se configurar indevida supressão de instância (Súmula 691/STF), uma vez evidenciada teratologia ou deficiência de fundamentação na decisão impugnada, é possível a mitigação do mencionado óbice (**Precedentes**).

II - Na hipótese, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de liminar em **habeas corpus**, manteve a decisão da magistrada de 1ª instância, que fixou o regime fechado para o início do cumprimento da pena, fundamentado na gravidade em abstrato do delito.

III - Contudo, o **Enunciado 440, da Súmula do STJ** afirma que "*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*".

IV - **In casu**, da análise dos fundamentos expostos pelas instâncias ordinárias, quando da realização da dosimetria da pena, verifica-se que as circunstâncias judiciais do paciente foram avaliadas de modo inteiramente favorável, bem como que se trata de indivíduo primário, razão pela qual o regime que melhor atende sua situação, nos termos do art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal, é o aberto.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de novembro de 2014 (Data do Julgamento)

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.311 - SP (2014/0237333-3)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de FELIPE VICENTE LACERDA, em face do indeferimento de medida liminar pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O paciente foi condenado pela prática das condutas previstas no art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/06, à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado.

Irresignado, o impetrante ingressou com pedido **habeas corpus**, com pedido liminar, perante o eg. Tribunal **a quo**, a qual foi denegada, em decisão assim fundamentada (fl. 19):

"Trata-se de habeas corpus impetrado pelo advogado Dr. Edson Chiavegato, com pedido de liminar, em favor de Felipe Vicente Lacerda, porque, em sentença que a condenou por crime de tráfico de drogas, foi negado o cumprimento da pena em regime aberto.

Indefiro a liminar. Sua concessão em habeas corpus é cabível quando o constrangimento ilegal é manifesto e detectado de imediato através do exame sumário da inicial, o que não ocorre no caso.

O fato de não ter sido concedido o regime aberto considerando-se o tempo de prisão preventiva não acarreta constrangimento que possibilite a concessão da cautela. A concessão de regime brando em sentença não é automática na medida em que eventual direito a progressão de regime envolve a análise de elementos que não estão no processo de conhecimento, mormente daqueles que se referem aos méritos subjetivos do paciente durante sua permanência no cárcere. [...]"

Daí o presente **writ**, no qual sustenta o impetrante a ilegalidade da fixação do regime inicial ao paciente, uma vez que as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis (fl. 1). Requer, ao final, a modificação do regime inicial imposto ao paciente, fixando-se o aberto para o início do cumprimento da pena (fl. 5).

A liminar foi por mim deferida, *"para que se observe em relação ao paciente o regime aberto até o julgamento final deste habeas corpus"* (fl. 23-24).

As informações foram prestadas às fls. 37-75.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal, às fls. 79-86, manifestou-se pelo concessão da ordem de ofício.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.311 - SP (2014/0237333-3)

EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS. INDEFERIMENTO DE LIMINAR. NÃO CABIMENTO. SUPERAÇÃO DO ENUNCIADO N. 691 DA SÚMULA DO STF. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIALMENTE FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - Apesar de não se admitir, em princípio, a impetração de **habeas corpus** contra decisão que denega pedido liminar em sede de **writ** impetrado na origem, sob pena de se configurar indevida supressão de instância (Súmula 691/STF), uma vez evidenciada teratologia ou deficiência de fundamentação na decisão impugnada, é possível a mitigação do mencionado óbice **(Precedentes)**.

II - Na hipótese, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de liminar em **habeas corpus**, manteve a decisão da magistrada de 1ª instância, que fixou o regime fechado para o início do cumprimento da pena, fundamentado na gravidade em abstrato do delito.

III - Contudo, o **Enunciado 440, da Súmula do STJ** afirma que *"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"*.

IV - **In casu**, da análise dos fundamentos expostos pelas instâncias ordinárias, quando da realização da dosimetria da pena, verifica-se que as circunstâncias judiciais do paciente foram avaliadas de modo inteiramente favorável, bem como que se trata de indivíduo primário, razão pela qual o regime que melhor atende sua situação, nos termos do art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal, é o aberto.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para o cumprimento da pena.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Cumpre salientar, inicialmente, que o presente **writ** se investe contra decisão proferida em sede de liminar.

De acordo com entendimento firmado por esta eg. Corte Superior, não se admite, em princípio, a impetração de **habeas corpus** contra decisão que denega pedido liminar nos autos de **writ** impetrado na origem, sob pena de se configurar indevida supressão de instância, a teor da Súmula 691/STF, que dispõe, **verbis**: "*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.*"

Por outro lado, ainda conforme orientação deste eg. Superior Tribunal de Justiça, em casos excepcionais, uma vez evidenciada teratologia ou deficiência de fundamentação na decisão impugnada, é possível a mitigação do mencionado óbice (v.g.: HC n. 286.426/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 9/6/2014; HC n. 282.253/MS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 25/4/2014; HC n. 282.842/SP, **Sexta Turma**, Rel. Ministro **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 10/4/2014).

Dessarte, entendendo possível, em tese, o afastamento do mencionado óbice sumular, **passo ao exame das razões veiculadas no mandamus**.

Constato, inicialmente, que pretende o impetrante a fixação do regime aberto, em virtude das circunstâncias judiciais favoráveis do paciente.

A r. sentença de 1ª instância fundamentou a dosimetria da pena e a fixação do regime inicial do paciente da seguinte forma: (fl. 6-12):

"[...] Atento aos critérios estipulados no artigo 59 do Código Penal, fixo a pena base no mínimo legal, a saber CINCO ANOS DE RECLUSÃO e multa de QUINHENTOS DIAS MULTA, cada qual no seu mínimo legal.

Não existem circunstâncias agravantes a serem consideradas, restando presente uma circunstância atenuante, decorrente da menoridade, cuja aplicação resta prejudicada em face da fixação da pena base em seu mínimo legal.

Inexistem causas de aumento de pena.

Presente uma causa de diminuição de pena, prevista no art. 33 parág. 4º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da Lei 11.343/06, eis que o réu preenche os requisitos ali exigidos, diminuo em 2/3 a pena até agora calculada, chegando-se ao -quantum de UM ANO E OITO MESES DE RECLUSÃO e multa de CENTO E SESSENTA E SEIS DIAS MULTA.

Não havendo incidência de qualquer outro instituto penal a influenciar na quantificação da reprimenda tomo DEFINITIVA APENA DE UM ANO E OITO MESES DE RECLUSÃO e multa de CENTO E SESSENTA E SEIS DIAS MULTA, cada qual em seu patamar mínimo.

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos por restarem não atendidos os requisitos do art.44 do Código Penal; o regime de cumprimento fixado para o tráfico de entorpecentes, e a própria natureza do delito, que é móvel de grande parte de outros crimes cometidos para a manutenção do vício, impedem a concessão da benesse por restar desatendido o inciso III do dispositivo legal retro mencionado.

Pelas mesmas razões, resta desatendido o inciso II do art. 77 do Código Penal, inviabilizando a suspensão condicional da pena.

Fixo, como regime inicial de cumprimento de pena, observadas as colocações feitas por ocasião da não substituição da pena privativa o REGIME FECHADO, único que se mostra compatível com a gravidade do delito e sua potencialidade lesiva. [...]"

Depreende-se da leitura do excerto acima que não foi invocado outro fundamento para a imposição do regime inicial fechado ao paciente que não a gravidade abstrata do delito.

Nesse sentido, quanto ao fundamento ora invocado, a impossibilidade de sua utilização encontra-se consolidada na jurisprudência pátria, 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."

Da análise dos fundamentos expostos pelas instâncias ordinárias, quando da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

realização da dosimetria da pena, verifica-se que as circunstâncias judiciais do paciente foram avaliadas de modo inteiramente favorável, com a fixação da pena-base no mínimo legal, bem como se trata de indivíduo primário, razão pela qual o regime que melhor atende sua situação, em razão da pena imposta, nos termos do art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal, é o **aberto**.

Ante o exposto, **não conheço do habeas corpus. Concedo**, entretanto, **a ordem de ofício para, confirmando a liminar, fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0237333-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 304.311 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2013003432 21561014620148260000 30084153620138260269

EM MESA

JULGADO: 18/11/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : EDSON CHIAVEGATO
ADVOGADO : EDSON CHIAVEGATO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE VICENTE LACERDA (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, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.