



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.710 - SP (2015/0156140-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIA VICTÓRIA DE BARROS CAMPOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAELCE RODRIGUES DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. MANIFESTA ILEGALIDADE. *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 de 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.
2. 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, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com a 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.
3. Considerando o *quantum* da condenação definitiva de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão e a fixação da pena-base no mínimo legal, o regime prisional **semiaberto** é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.
4. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime semiaberto para o cumprimento inicial 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), 20 de setembro de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.710 - SP (2015/0156140-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIA VICTÓRIA DE BARROS CAMPOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAELCE RODRIGUES DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso com pedido liminar impetrado em favor de **MAELCE RODRIGUES DOS SANTOS**, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, mais 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Em grau recursal, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo defensivo para, aplicando o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, reduzir a pena originalmente imposta para 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, mais 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, mantido, no mais, o decreto condenatório.

Neste *writ*, sustenta o impetrante constrangimento ilegal diante da ausência de fundamentação idônea para a fixação do regime fechado, embora favoráveis as circunstâncias judiciais.

Acresce que "a gravidade do delito em abstrato não pode ser tomada como fundamento para a escolha do regime mais gravoso, pois ela já é considerada na cominação da reprimenda (súmula 718 c 719 do STF e 440 desse Colendo STJ)"; e que "a quantidade e a natureza da droga – já consideradas para obstar maior redução da pena - não justificam a aplicação de regime mais severo" (fls. 01/03).

Pugna, liminarmente, pelo direito de aguardar o julgamento do *habeas corpus* em liberdade.

No mérito, requer a concessão da ordem para que seja readequado o regime ao semiaberto.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 33-37).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 50-65).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem para que seja fixado o regime semiaberto (e-STJ, fls. 70-74).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.710 - SP (2015/0156140-6)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIA VICTÓRIA DE BARROS CAMPOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAELCE RODRIGUES DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. MANIFESTA ILEGALIDADE. *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 de 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.
2. 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, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com a 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.
3. Considerando o *quantum* da condenação definitiva de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão e a fixação da pena-base no mínimo legal, o regime prisional **semiaberto** é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.
4. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

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.

Para o exato deslinde da controvérsia, cumpre citar trecho pertinente do aresto a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quo:

"Nesse mister, tem-se que a **pena foi criteriosamente fixada no mínimo legal**, mas merece alguma correção no tocante à aplicação da regra prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

(...)

Em relação ao regime de cumprimento de pena, cumpre considerar que o tráfico de drogas é extremamente grave, causa indiscutível abalo à ordem pública, na medida em que o traficante consegue atingir um número elevado de pessoas, que acabam se envolvendo em outros crimes. Por isso, inclusive em face do delito ser equiparado aos hediondos, o regime inicial fechado é o que se tem como único possível" (e-STJ, fl. 60).

De início, convém destacar que a obrigatoriedade do cumprimento inicial em regime fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

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, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com a 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.

No caso em apreço, observa-se que o regime prisional mais rigoroso foi imposto sem motivação idônea. A reiterada jurisprudência desta Corte é de que a gravidade abstrata do delito não justifica a definição do modo mais severo de cumprimento da pena.

Confira-se:

"(...)

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ELEMENTOS PRÓPRIOS DO TIPO PENAL VIOLADO. IMPOSSIBILIDADE. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.464/2007. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 11.464/2007. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE MODO DIVERSO DO FECHADO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA APTA A JUSTIFICAR O MODO MAIS GRAVOSO. FAVORABILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CP. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que, fixada a pena-base no mínimo legal e sendo o acusado primário e sem antecedentes criminais, não se justifica a fixação do regime prisional mais gravoso (Súmula 440/STJ).

2. A Suprema Corte, nos verbetes 718 e 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado.

3. Ademais, diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Plenário



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do Supremo Tribunal Federal do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n. 11.464/2007, que estabelecia o modo inicial fechado em relação aos delitos hediondos cometidos após a sua entrada em vigor, o regime prisional para esses tipos de crimes deve ser fixado de acordo com o previsto no artigo 33 do Código Penal.

4. No caso dos autos, conquanto a autoridade apontada como coatora tenha fixado a reprimenda do acusado em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, estabeleceu o modo fechado para o resgate da reprimenda sem qualquer fundamentação concreta, baseando-se apenas na hediondez e na gravidade abstrata do crime, o que revela o constrangimento ilegal a que está sendo submetido o paciente no ponto.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de alterar o regime inicial para o semiaberto."

(HC 344.342/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 12/04/2016)

Considerando o *quantum* da condenação definitiva de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão e a fixação da pena-base no mínimo legal, o regime prisional **semiaberto** é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.

Nesse sentido:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.340/2006. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. QUANTIDADE DE DROGA NÃO SIGNIFICATIVA PARA FINS DE IMPOSIÇÃO DO REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

4. Na definição do regime prisional, aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios estabelecidos nos arts. 33 do CP e 42 da Lei n. 11.343/2006.

5. Fixada a pena do paciente em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, reconhecida sua primariedade e sendo favorável a análise das circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, "d", do CP, sobretudo considerando-se que quantidade de droga apreendida (61,06g de cocaína) não é tão elevada a ponto de justificar o regime prisional mais gravoso.

6. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do *quantum* de pena aplicada, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade"

(HC 338.581/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 27/04/2016)

Ante o 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: 2015/0156140-6

HC 328.710 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00416372420138260050 20150000289127 275513 27552013 416372420138260050 78813

EM MESA

JULGADO: 20/09/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: MARIA VICTÓRIA DE BARROS CAMPOS
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: MAELCE RODRIGUES DOS SANTOS (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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.