



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 366.112 - SP (2016/0208650-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : EDUARDO JACOMO TEIXEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VANESSA CAMPOS DE CARVALHO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. PREPONDERÂNCIA. QUANTIDADE INEXPRESSIVA. NATUREZA NOCIVA. EXASPERAÇÃO DESPROPORCIONAL. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULAS 718 E 719 DO STF. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉ PRIMÁRIA E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. QUANTIDADE DA DROGA NÃO EXPRESSIVA. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. *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. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no *quantum* aplicado.

3. Hipótese em que o Juízo sentenciante, ao considerar como desfavorável a natureza da droga apreendida (1,9g de cocaína e 26,4g de *crack*), exasperou a pena-base em 1/5 (um quinto), fixando-a em 6 anos, o que se mostra desproporcional, haja vista que nenhuma outra circunstância judicial foi valorada negativamente e não ser elevada a quantidade encontrada em poder da paciente, impondo-se o redimensionamento da pena, embora a substância apreendida tenha alto poder nocivo.

4. Pena-base fixada em 5 anos e 6 meses de reclusão, mais 550 dias-multa, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, ficando a reprimenda final em 2 anos, 1 mês e 20 dias de reclusão, mais pagamento de 213 dias-multa.

5. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, 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, também o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

6. Nos termos das Súmulas 718 e 719 do STF, o regime mais gravoso exige fundamento idôneo, não constituindo motivo idôneo a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito.

7. No caso, estabelecida a pena definitiva em 2 anos, 1 mês e 20 dias de reclusão, verificada a primariedade da agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

59 do CP, o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, sobretudo quando considerada a não expressiva quantidade de droga apreendida (1,9g de cocaína e 26,4g de *crack*), a teor do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

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

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena da paciente para 2 anos, 1 mês e 20 dias de reclusão, mais pagamento de 213 dias-multa, bem como para fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser estabelecida pelo Juízo de execução.

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 366.112 - SP (2016/0208650-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : EDUARDO JACOMO TEIXEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VANESSA CAMPOS DE CARVALHO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado por **VANESSA CAMPOS DE CARVALHO**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que a paciente foi condenada à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 233 (duzentos e trinta e três) dias-multa, com incurso no art. 33, *caput* e § 4º, c/c o art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo, reconhecendo de ofício a existência de erro material na parte dispositiva, determinando a retificação necessária.

Neste *writ*, insurge-se o impetrante contra o regime inicial fixado, sustentando que, diante da reprimenda imposta e da primariedade da paciente, o regime adequado para o início do cumprimento da pena é o aberto, nos termos dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal.

Aduz que a fixação do regime mais gravoso fundamentou-se tão somente na gravidade abstrata e na hediondez do delito de tráfico de drogas.

Pugna pela fixação do regime aberto.

Devidamente instruídos, os autos foram encaminhados para o Ministério Público Federal (e-STJ, fl.24).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem, a fim de se fixar o regime semiaberto (e-STJ, fls. 29-33).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 366.112 - SP (2016/0208650-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : EDUARDO JACOMO TEIXEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VANESSA CAMPOS DE CARVALHO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. PREPONDERÂNCIA. QUANTIDADE INEXPRESSIVA. NATUREZA NOCIVA. EXASPERAÇÃO DESPROPORCIONAL. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULAS 718 E 719 DO STF. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉ PRIMÁRIA E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. QUANTIDADE DA DROGA NÃO EXPRESSIVA. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. *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. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no *quantum* aplicado.
3. Hipótese em que o Juízo sentenciante, ao considerar como desfavorável a natureza da droga apreendida (1,9g de cocaína e 26,4g de *crack*), exasperou a pena-base em 1/5 (um quinto), fixando-a em 6 anos, o que se mostra desproporcional, haja vista que nenhuma outra circunstância judicial foi valorada negativamente e não ser elevada a quantidade encontrada em poder da paciente, impondo-se o redimensionamento da pena, embora a substância apreendida tenha alto poder nocivo.
4. Pena-base fixada em 5 anos e 6 meses de reclusão, mais 550 dias-multa, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, ficando a reprimenda final em 2 anos, 1 mês e 20 dias de reclusão, mais pagamento de 213 dias-multa.
5. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, 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, também o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.
6. Nos termos das Súmulas 718 e 719 do STF, o regime mais gravoso exige fundamento idôneo, não constituindo motivo idôneo a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito.
7. No caso, estabelecida a pena definitiva em 2 anos, 1 mês e 20 dias de reclusão, verificada a primariedade da agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sobretudo quando considerada a não expressiva quantidade de droga apreendida (1,9g de cocaína e 26,4g de *crack*), a teor do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

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

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena da paciente para 2 anos, 1 mês e 20 dias de reclusão, mais pagamento de 213 dias-multa, bem como para fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser estabelecida pelo Juízo de execução.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

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.

Inicialmente, antes de analisar a questão suscitada pelo impetrante, observa-se que se faz necessária a análise da individualização da pena da paciente, ainda que ausente o pleito defensivo, tendo em vista que se verifica, na hipótese, flagrante ilegalidade a ser sanada, conforme será exposto.

Eis o teor da sentença condenatória, no tocante à individualização da pena (e-STJ, fls. 11-12):

"Forçosa, destarte, a condenação da ré nos termos da denúncia. Passo à DOSIMETRIA DA PENA.

Observando-se os elementos norteadores contidos nos artigos 59 e 60 do Código Penal e ainda o artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, dada a natureza nociva 1,9g de cocaína e 26,4g de crack do entorpecente encontrado em seu poder que serviria à venda, a revelar elevado e devastador efeito psicotrópico, autoriza-se a fixação da pena acima do mínimo legal, vez que tais circunstâncias excedem o desvalor inerente ao tipo. Majoro a pena-base do réu em 1/5, ficando em 06 (seis) anos de reclusão e pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa. Anoto que a jurisprudência vem na linha do entendimento do juízo, confira-se: "*A natureza nociva da substância entorpecente apreendida cocaína - constitui fundamentação idônea a ensejar maior apenação na primeira etapa da dosimetria, pela desfavorabilidade das consequências do delito.*" (HC 141092/MS).

Em razão da majorante do artigo 40, inciso III, da Lei Antidrogas, a pena será majorada em 1/6, ficando em 07 (sete) anos de reclusão e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa.

Em atenção ao artigo 33, §4º da Lei nº 11.343/2006, que inovou ao estabelecer causa de diminuição de pena calcada na primariedade e bons antecedentes do acusado que não se dedique às atividades criminosas e não integre organização criminosa, reduzo as penas no máximo, estabelecendo-as em definitivo em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão e pagamento de 233 (duzentos e trinta e três) dias-multa."

A Corte *a quo*, por sua vez, negou provimento ao apelo defensivo, mantendo a sentença pelos seus próprios fundamentos (e-STJ, fl. 18).

Primeiramente, convém destacar que a individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.

No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no *quantum* aplicado.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. VARIEDADE E QUANTIDADE DA DROGA. LEGALIDADE. CULPABILIDADE, MOTIVAÇÃO E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA IDÔNEA. ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO. REDIMENSIONAMENTO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Não se presta o remédio heróico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.

3. A natureza e a quantidade da droga justificam a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

4. A exasperação da pena-base quanto à culpabilidade, à motivação do crime e às circunstâncias do crime, sem a apresentação de justificativa idônea, configura constrangimento ilegal, apto a justificar a concessão da ordem de ofício.

5. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem de ofício, para reduzir a pena do paciente para 1 ano e 9 meses e 10 dias de reclusão e 169 dias-multa, em regime inicial semiaberto."

(HC 174.628/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 3/12/2015).

In casu, verifica-se que o Juízo sentenciante, considerando como favoráveis as demais circunstâncias judiciais, fixou a pena-base em 6 anos de reclusão, pela natureza da droga apreendida com a paciente (1,9g de cocaína e 26,4g de *crack*), nos termos do art. 42 da Lei de Drogas, o que foi ratificado pela Corte *a quo*.

Entretanto, considerando que nenhuma outra circunstância judicial foi valorada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

negativamente, entendo que, embora a substância apreendida tenha alto poder nocivo, a exasperação da pena-base em 1/5 acima do mínimo legal mostra-se desproporcional, haja vista não ser elevada a quantidade encontrada em poder da paciente, impondo-se o redimensionamento da pena.

Desse modo, passo à dosimetria da pena.

Na primeira fase, à míngua da existência de outras circunstâncias judiciais desfavoráveis, além da natureza e da quantidade de droga apreendida - 1,9g de cocaína e 26,4g de *crack* - (que devem ser consideradas com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, nos termos do art. 42 da Lei de Drogas), fixo a pena-base em 5 anos e 6 meses de reclusão, mais 550 dias-multa, a qual fica mantida na fase seguinte pela ausência de atenuantes ou agravantes. Na fase derradeira, aumenta-se a pena na fração de 1/6, em razão do reconhecimento da causa de aumento do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, bem como se aplica o redutor em seu percentual máximo (2/3), nos termos exarados pelo Juízo sentenciante, resultando num apenamento de 2 (dois) anos, 1 (um) mês e 20 dias de reclusão, mais pagamento de 213 (duzentos e treze) dias-multa.

Redimensionada a reprimenda do paciente, passa-se à análise do pleito defensivo quanto ao regime inicial fixado.

O Juízo sentenciante fixou o regime mais gravoso pelos seguintes fundamentos (e-STJ, fl. 12):

"Quanto ao regime de pena, declarada a inconstitucionalidade incidental do preceito legal que determina a adoção de regime inicial fechado (STF, HC 111.840/ES), passa-se à análise da questão. Com efeito, entende-se que seja aplicável regime mais severo do que aquele que o seria com base no simples valor aritmético da pena ora aplicada. Isto porque, conforme já dito anteriormente, quando da primeira fase da dosimetria da pena, o réu foi surpreendido na posse de quantidade relevante de entorpecente, tratando-se daquele que maior risco representa para a sociedade, pois causador de maior dependência química, sendo assim mais nocivo para a saúde pública, bem jurídico tutelado pelo legislador. Frise-se, por fim, que o delito ora em questão é daqueles que mais desassossego traz para a sociedade paulistana, tendo em vista ser crime potencializador de outros delitos, já que boa parte dos agentes comete crimes sob efeito de drogas ou para quitação de dívidas oriundas da aquisição de entorpecentes. Por tais motivos, fixo o regime fechado como inicial para cumprimento da pena. Neste sentido:STJ, RHC 37.637/SP, 5ª Turma, rel. Min. Moura Ribeiro."

Em sede recursal, o Tribunal de origem manteve o regime fixado, consignando que "o fechado é o único capaz de prover ressocialização a increpada, tendo em vista que suas limitações são as mais rigorosas possíveis, ensejando a reflexão e a repressão do impulso delitivo."

Como cediço, a obrigatoriedade do cumprimento inicial em regime fechado aos sentenciados por crimes hediondos e os a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do disposto no § 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, também o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A teor das Súmulas 718 e 719 do STF, o regime mais gravoso exige fundamento idôneo, não constituindo motivo idôneo a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito, *in verbis*:

"Súmula 718 do STF: 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."

"Súmula 719 do STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

No caso, como visto, o Juízo sentenciante, a exceção da natureza e da quantidade da droga apreendida, fixou o regime fechado em razão da gravidade abstrata do crime de tráfico de drogas, fundamentação inidônea para tanto, consoante se observa da reiterada jurisprudência desta Corte, para a qual a natureza hedionda e a gravidade abstrata do delito não justificam a definição do modo mais severo de cumprimento da pena.

Confirmam-se:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO EM RAZÃO DA HEDIONDEZ DO DELITO. INCONSTITUCIONALIDADE. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO PARA JUSTIFICAR A IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. ENUNCIADOS DE N. 718 e 719 DA SÚMULA/STF, E N. 440 DA SÚMULA/STJ. ANÁLISE DOS ARTIGOS 33, § 2º, ALÍNEA C, E § 3º, E DO ARTIGO 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. VEDAÇÃO LEGAL À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INCONSTITUCIONALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

III - O col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

IV - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, e do artigo 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos, e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o paciente cumprir a pena privativa de liberdade no regime inicial aberto. (Precedentes).

V - A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos artigos 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do CP. (Precedentes).

VI - Nos termos do Enunciado Sumular nº 719/STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

motivação idônea".

VII - "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" (Enunciado nº 718 da Súmula do Pretório Excelso, DJU de 09/10/2003).

VIII - "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." (Enunciado da Súmula nº 440 desta Corte).

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar, fixar o regime aberto para o cumprimento da pena imposta, bem como para determinar ao Juízo das Execuções Criminais que analise o preenchimento dos requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do artigo 44 do Código Penal."

(HC 343.710/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 21/3/2016.)

No tocante ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, em que pese se tratar de entorpecentes com maior potencial lesivo, entendo que a quantidade de droga apreendida com a paciente não é excessiva (1,9g de cocaína e 26,4g de *crack*) o suficiente a justificar a fixação do regime mais gravoso.

Assim, estabelecida a pena definitiva em 2 anos, 1 mês e 20 dias de reclusão e 213 dias-multa, verificada a primariedade da agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o **regime aberto** é o cabível para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, a teor do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal, quando não é excessiva a quantidade de drogas apreendidas, o que reforça a inadequação da escolha do regime mais severo de cumprimento de pena e, por conseguinte, a manifesta a ilegalidade imposta à paciente.

Nesse sentido:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, 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 a justificar a concessão da ordem, 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.

3. Estabelecida a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, sendo primário o agente e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva e para substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo da Execução." (HC 329.413/SP, de minha relatoria, Quinta Turma, DJe 27/04/2016).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO E NA QUANTIDADE DE DROGA QUE NÃO SE MOSTRA EXACERBADA. ILEGALIDADE. Ocorrência. Constrangimento ilegal configurado. Detração da pena. Matéria não debatida na Corte local. Supressão de instância. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.

2. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

3. A valoração negativa da quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por pena restritiva de direitos. Precedentes.

4. Hipótese em que as instâncias ordinárias fixaram o regime fechado com base na natureza hedionda do crime de tráfico de drogas e na quantidade de entorpecentes - 43,1 g de maconha e 11,3 g de cocaína - que não se mostra exacerbada.

5. Assim, tratando-se de paciente primário, condenado a pena privativa de liberdade superior a 4 e não excedente a 8 anos, faz jus ao regime inicial semiaberto.

6. O tema referente à possibilidade de detração da pena não foi enfrentado pela Corte de origem, de forma que sua análise por este Tribunal implicaria supressão de instância.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto."

(HC 334.208/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016.)

Por fim, pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade da agente, circunstâncias judiciais favoráveis e quantidade não significativa de droga apreendida), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser definida pelo Juízo de execução.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo **concedo** a ordem, de ofício, para redimensionar a pena da paciente para 2 anos, 1 mês e 20 dias de reclusão, mais pagamento de 213 dias-multa, bem como para fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser estabelecida pelo Juízo de execução.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0208650-0

HC 366.112 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00551716420158260050 20160000357792 551716420158260050

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	: EDUARDO JACOMO TEIXEIRA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: VANESSA CAMPOS DE CARVALHO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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.