



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.507 - SP (2016/0237256-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELA SINGER CARNEIRO DE ALBUQUERQUE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANTHONY CARDOSO DE JESUS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal – CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo, de acordo com o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

In casu, em razão da primariedade do paciente, do *quantum* de pena aplicado, inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, "c", do CP), da inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP), bem como da fixação da pena-base no mínimo legal, o regime a ser imposto deve ser o aberto. Precedentes.

3. O art. 44 do CP é taxativo quanto aos requisitos necessários para a obtenção do benefício da substituição da medida corporal por restritiva de direitos, verificando-se, na hipótese, o preenchimento de tais requisitos, tendo em vista que as circunstâncias judiciais favorecem o paciente e a quantidade de drogas apreendidas não foi expressiva (31,9g de maconha).

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial aberto, substituindo-se a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito a serem especificadas pelo Juízo de Execuções.

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 de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de novembro de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.507 - SP (2016/0237256-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELA SINGER CARNEIRO DE ALBUQUERQUE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANTHONY CARDOSO DE JESUS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de ANTHONY CARDOSO DE JESUS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação n. 0078678-54.2015.8.26.0050.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, inciso VI, ambos da Lei n. 11.343/06 (tráfico de entorpecentes majorado), à pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao recurso, nos termos do aresto acostado às fls. 24/29.

No presente *writ*, sustenta a defesa, em síntese, que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, pois, apesar de favoráveis as circunstâncias judiciais, da pena-base ter sido fixada no mínimo legal e do *quantum* da pena aplicada autorizar a fixação do regime prisional aberto, foi estabelecido o regime inicial fechado sem motivação concreta.

Assevera que a hediondez e a gravidade abstrata do delito de tráfico não são fundamentos idôneos para a fixação de regime mais gravoso, consoante entendimento jurisprudencial consolidado nos enunciados n. 718 e 719 da Súmula da Suprema Corte, e no enunciado n. 440 da Súmula desta Corte de Justiça.

Sustenta, por fim, que o paciente preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código penal, devendo a pena privativa de liberdade ser substituída por restritiva de direitos.

Pugna, assim, em liminar e no mérito, pela fixação do regime inicial aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida (fls. 32/33), as informações devidamente prestadas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(fls. 44/61 e 63/76) e o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* (fls. 80/85).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.507 - SP (2016/0237256-0)

VOTO

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

Por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a fixação de regime prisional aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O paciente foi preso em flagrante na posse de 16 porções de maconha, com peso total de 31,9g (fl. 26).

Diante disso, foi condenado por tráfico de drogas, tendo o Magistrado de primeiro grau aplicado ao paciente à pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, sob os seguintes fundamentos:

Passo à fixação da pena

O réu é primário e não ostenta antecedentes desabonadores de sua conduta e, assim, fixo a pena-base no mínimo legal, cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa, sendo certo que a menoridade relativa do acusado não possui o condão de diminuir a reprimenda abaixo do limite mínimo legal, nos termos da Súmula 231 do STJ.

Aplico a causa de aumento de pena capitulada e majoro a pena em 1/6, totalizando cinco anos e dez meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três dias- multa.

Em razão da causa de diminuição prevista no parágrafo 4º do artigo 33, da Lei 1.343/06, que visa à redução da reprimenda daquele que, iniciando-se na seara criminosa, tem ainda possibilidade maior de recuperação para o convívio em sociedade, diminuo a reprimenda em 2/3, perfazendo um ano, onze meses e dez dias de reclusão e cento e noventa e quatro dias-multa, tornando-a definitiva nesse patamar à míngua de quaisquer outras circunstâncias a serem consideradas.

Fixo o regime fechado como inicial para cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos da Lei 11.464/07, que deu nova redação ao artigo 2º da Lei 8.072/90.

A Resolução n. 05 de 2012 do Senado Federal suspendeu a execução da expressão que impedia a substituição da pena privativa de liberdade, mas não determinou, mesmo porque não teria poder para tanto,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a adoção à pena substitutiva como regra nos crimes de tráfico. Assim, a solução deverá ser dada pelo caso concreto, salientando-se que a própria Constituição Federal dá tratamento diferenciado ao crime de tráfico de drogas ao estabelecer que é inafiançável, não havendo possibilidade de punição e prevenção do crime, equiparado a hediondo, cuja lei específica (Lei 8.072/90) prevê a determinação de regime inicial fechado, com a imposição de pena regime mais brando.

Diante do exposto, julgo PROCEDENTE a ação penai e CONDENO o réu ANTHONY CARDOSO DE JESUS, qualificado nos autos, como incurso no artigo 33, "caput" e artigo 40, inciso VI, ambos da Lei nº 11.343/06, à pena de um ano, onze meses e dez dias de reclusão e cento e noventa e quatro dias-multa, sendo calculada a pena pecuniária na forma prevista e no valor mínimo fixado pelo artigo 43 da Lei 11.343/06, por não existir razões informadas nos autos para sua exacerbação (fls. 20/22).

A Corte estadual, por sua vez, asseverou:

Fica, portanto, mantida a condenação sob os próprios fundamentos.

A dosimetria penal também não comporta reparos.

A pena base foi fixada no mínimo legal, 05 anos de reclusão mais 500 dias-multa, no piso.

Nada foi computado na segunda fase.

Na terceira incidiu a causa de aumento de pena do art. 40, inc. VI, da Lei nº 11.343/06, no patamar de 1/6, resultando pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, mais 583 dias-multa, no piso.

O redutor do §4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06 incidiu no patamar de 2/3, totalizando 01 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, mais 194 dias-multa, em definitivo.

O regime inicial fechado é o único compatível com o delito de tráfico de entorpecentes, equiparado aos hediondos, que tantas mazelas sociais tem proporcionado, pois trata-se de crime que fomenta outras espécies de ilícitos penais, provoca a degradação do indivíduo e da família brasileira, desvia a juventude da busca de objetivos lícitos e produtivos em favor bem comum, tudo em troca de um único escopo, o lucro do traficante.

Quem promove este sistema e estimula a degradação alheia concretiza tais malefícios em desfavor da sociedade e, por isso, merece repreensão severa.

Sob os mesmos fundamentos, não se cogita de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (fls. 28/29).

Na hipótese, verifico que a imposição do regime fechado está lastreada exclusivamente na gravidade abstrata do delito, em ofensa ao enunciado n. 440 da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Súmula do STJ, que assim dispõe:

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.

No mesmo sentido, são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF, os quais indicam:

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.

Dessa forma, em razão da primariedade do paciente, do *quantum* de pena aplicado, inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, "c", do Código Penal – CP), da inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP), bem como da fixação da pena-base no mínimo legal, o regime a ser imposto deve ser o aberto.

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 15/04/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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) 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 10/03/2016).

No que se refere à substituição da pena por restritiva de direitos, constato que, no julgamento do HC n. 97.256/RS da Suprema Corte, foi reconhecida a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012, passando a admitir o referido benefício, nos termos do art. 44 do CP.

Destarte, observo que o paciente preenche os requisitos previstos no referido dispositivo, na medida em que as circunstâncias judiciais o favorecem e a quantidade de drogas apreendidas não foi expressiva (31,9g de maconha). Assim, o acórdão impugnado merece reparo também quanto a esse ponto. Confirmam-se:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CUMPRIMENTO INICIAL EM REGIME FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. SÚMULA 444/STJ. **SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LEGAIS. 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. Nos termos da Súmula 440 desta Corte, "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". Aplicação, também, dos verbetes n. 718 e 719 do STF.

3. No caso, estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 6 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, sobretudo quando considerada a não expressiva quantidade de drogas apreendidas - 1 porção de maconha (17,770g), 2 pinos de cocaína (1,61g) e 3 pedras de crack (2.07g), a teor do disposto no art. 33, § 2º, "c", do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas.

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 restabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos da sentença proferida no Juízo de primeiro grau (HC 354.398/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 25/05/2016).

CONSTITUCIONAL E PENA. HC. RECEPÇÃO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO DESMOTIVADO. SÚMULA/STJ 440. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. WRIT NÃO CONHECIDO E HABEAS CORPUS CONCEDIDO, 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. No caso, observa-se flagrante ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus, de ofício.

2. De acordo com a Súmula 440/STJ, "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"; e com a Súmula 719/STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

3. Estabelecida a pena-base no mínimo legal, pois o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Colegiado de origem não entendeu que as circunstâncias do crime desbordavam das ínsitas ao crime de receptação, não se mostra razoável a imposição de regime prisional mais gravoso do que o indicado pela quantidade de pena fundada na gravidade abstrata do delito. Assim, tratando-se de réu primário, cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea "c", e 3º, do Código Penal, deve a reprimenda ser cumprida, desde logo, em regime aberto.

4. Nos termos do art. 44 do Estatuto Repressor Penal, se aplicada pena não superior a 4 (quatro) anos de reclusão e o crime não houver sido praticado mediante violência ou grave ameaça, desde que o réu não seja reincidente pela prática de crime doloso e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, bem como os motivos e circunstâncias do crime indicarem a suficiência da medida, poderá a sanção corporal ser convertida em restritiva de direitos. Precedentes.

5. Malgrado preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, verifica-se não que o acórdão condenatório olvidou-se de analisar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo a condenação transitado em julgado.

6. Writ não conhecido e habeas corpus concedido, de ofício, a fim de estabelecer o regime prisional aberto para o desconto da sanção corporal e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juiz das Execuções Criminais (HC 348.418/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 27/05/2016).

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito a serem especificadas pelo Juízo de Execuções.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0237256-0

HC 370.507 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00786785420158260050 20160000490681 786785420158260050

EM MESA

JULGADO: 22/11/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DANIELA SINGER CARNEIRO DE ALBUQUERQUE
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ANTHONY CARDOSO DE JESUS

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