

**HABEAS CORPUS Nº 492.744 - SP (2019/0038690-2)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : MAURO ATUI NETO E OUTRO  
**ADVOGADOS** : VILMA DE CAMARGO SILVA - SP143325  
MAURO ATUI NETO - SP0266971  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : SHEILA PIRES CERQUEIRA

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **SHEILA PIRES CERQUEIRA** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que a paciente foi condenada à pena de (1) ano e oito (8) meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida no regime fechado, e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, por infração ao delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, sendo-lhe negado a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos (e-STJ, fls. 44-54).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que lhe negou provimento (e-STJ, fls. 19-41).

Eis a ementa:

"APELAÇÃO CRIMINAL - Tráfico de Entorpecentes - Caracterização - Pleito de absolvição por insuficiência probatória ou desclassificação da conduta para aquela tipificada no artigo 28 da Lei do Drogas - Impossibilidade - Materialidade delitiva e autoria demonstradas nos autos - Delito multinuclear - Associação para o tráfico - Estabilidade e permanência não demonstrados - Condenações e absolvições mantidas - pena bem calculada - acusados corretamente beneficiários da causas de diminuição do artigo 33, §4º da Lei de Drogas - Prescrição da pretensão punitiva reconhecida em relação aos acusados Adalan e Maria Lúcia, que possuíam menoridade relativa à época dos fatos - em relação à acusada Sheila, regime inicial fechado - Legalidade e compatibilidade evidenciadas - Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Recursos improvidos - prescrição da pretensão punitiva reconhecida de ofício" (e-STJ, fl. 20).

Neste *writ*, alegam os impetrantes a ocorrência de constrangimento ilegal em desfavor da paciente pelo afastamento da substituição da reprimenda e pela imposição de regime de cumprimento da pena mais severo, com base apenas **a)** na quantidade de drogas, que, quando sopesada, foi incapaz de "elevar a pena ou negar a aplicação do redutor máximo do paragrafo 4º do artigo 33 da Lei de drogas" (e-STJ, fl. 8), **b)** e nas considerações do julgador sobre a hediondez do crime (e-STJ, fls. 3-15).

Assevera que as instâncias ordinárias reconheceram a primariedade e os bons antecedentes, bem como que a paciente não integra organização criminosa e não se

dedica à atividade criminosa.

Aduz, ainda, ser incabível a imposição de regime mais rigoroso, diante do *quantum* da reprimenda imposta, em clara violação à jurisprudência dominante nas Cortes superiores, especificamente à Súmula n. 440 do STJ e Súmulas n. 718 e n. 719, ambas do STF.

Requer a concessão da ordem, liminarmente, a fim de "determinar em favor da paciente Sheila Pires Cerqueira que o regime inicial para cumprimento de pena seja em regime aberto, bem como a substituição da pena reclusiva por penas restritivas de direitos". No mérito, pugna pela concessão definitiva da ordem para o fim de cassar a decisão atacada, antes os motivos fáticos e jurídicos expostos, fixando o regime inicial de cumprimento de pena menos gravoso bem como convertendo a pena restritiva de liberdade por restritivas de direito (e-STJ, fl. 15).

**É o relatório.**

Decido.

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 apta a justificar concessão do *habeas corpus*, de ofício.

Consta dos autos que a ré foi condenada pela prática de tráfico de drogas à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime fechado, e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, nos seguintes termos:

"[...]

Quanto à acusada Sheila Pires Cerqueira.

Na primeira fase, **nada se verificando nos autos apto a majorar a pena-base**, esta deve ser fixada no mínimo, 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no piso legal, em razão da situação econômica da ré revelada pelos autos.

**Na segunda fase da aplicação da pena, nada existindo a justificar a alteração da pena anteriormente fixada, esta deve ser mantida.**

Na terceira fase, **verificando a presença dos requisitos do parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº. 11.343/06, reduz a pena em 2/3, fixando-a em 1 ano e 8 meses e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.**

Do regime de cumprimento inicial da pena, substituição da pena privativa de liberdade e suspensão condicional da pena.

**O regime de cumprimento de pena para os réus é o inicial fechado, diante da pena aplicada e da quantidade elevada de droga encontrada, o que revela a periculosidade dos réus, que ao visualizarem ganhos financeiros, não se importaram com a destruição da saúde dos usuários.**

Além disso, **o crime de tráfico de drogas é considerado hediondo** e, segundo a exegese, os delitos de natureza diferenciada devem receber tratamento diferenciado (artigo 2º da Lei 8.072/90).

[...]" (e-STJ, fls. 53 – grifou-se).

Primeiramente, cumpre ressaltar que a obrigatoriedade do cumprimento da pena em regime inicial 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 STF, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

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 diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Com efeito, a teor da Súmula 440 do 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". No mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do STF estabelecem que o regime mais gravoso exige fundamento idôneo, não constituindo motivo idôneo a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito:

"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, segundo se observa, a imposição do regime inicial fechado tem como fundamento a natureza hedionda e a gravidade abstrata do delito, o que não é admissível segundo reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça (HC 382.300/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/2/2017, DJe 14/3/2017).

Desse modo, estabelecida a pena definitiva em **1 anos e 8 meses** de reclusão e **166 dias-multa**, verificada a primariedade do 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, sobretudo quando não é excessiva a quantidade de droga apreendida – 37,36 g de cocaína –, o que reforça a inadequação da escolha do regime mais severo de cumprimento de pena e, por conseguinte, a manifesta 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.

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 PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA FIXAR O REGIME ABERTO E PERMITIR A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi 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. No que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir tal possibilidade, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo 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.

4. Hipótese em que a sentença referiu-se à natureza hedionda do tráfico de drogas e à sua gravidade abstrata para fixar o regime

inicial fechado e negar a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

5. No caso, considerando a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão e a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, deve ser fixado, nos termos do art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal, o regime inicial aberto para cumprimento da pena.

6. Do mesmo modo, havendo a paciente preenchido os requisitos do art. 44 do Código Penal, deve a pena corporal ser substituída por penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais, ainda mais porque o Tribunal de origem, no julgamento do apelo defensivo, não trouxe fundamentação idônea para a negativa do benefício.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais."

(HC 327.985/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 19/10/2015.)

No que tange ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, verifica-se que assiste razão aos impetrantes.

Vale lembrar que a Suprema Corte, na análise do HC 97.256/RS, também reconheceu a inconstitucionalidade das expressões contidas no art. 44 e no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" e "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", que foram inclusive suprimidas do texto legal por meio da edição da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal. Desse modo, não há qualquer óbice à concessão da permuta legal aos sentenciados pelo delito de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal.

Dessarte, pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente, circunstâncias judiciais favoráveis e quantidade não excessiva de droga apreendida), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do CP.

Diante do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para fixar o regime aberto, bem como para substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Execução.

Oficie-se à autoridade apontada como coatora e ao Juízo singular, encaminhando-se-lhes cópia desta decisão.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 12 de fevereiro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator