

# Superior Tribunal de Justiça

**HABEAS CORPUS Nº 538.238 - SP (2019/0302200-5)**

**RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE : SOLANGE MARIA PINTO**  
**ADVOGADO : SOLANGE MARIA PINTO - SP219242**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : SAMUEL HENRIQUE DO CARMO DE OLIVEIRA**  
**INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

## DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **SAMUEL HENRIQUE DO CARMO DE OLIVEIRA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado, na sentença, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 250 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006. A Corte de origem deu parcial provimento à apelação defensiva para reduzir a pena para 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 166 dias-multa.

Neste *writ*, a impetrante alega, em suma, que o regime mais gravoso foi fixado com fundamento apenas na gravidade abstrata do delito.

Pleiteia, inclusive liminarmente, a fixação do regime aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

### 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.

Sob tal contexto, passo à análise de eventual constrangimento imposto ao paciente que autorize a concessão da ordem, de ofício.

Consoante relatado, as instâncias ordinárias condenaram o paciente à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, fixando o regime prisional semiaberto aos seguintes fundamentos:

"Quanto ao regime prisional, tem-se que portava quantidade não exagerada de entorpecente, presentes as demais condições, tudo a indicar ser adequado o regime intermediário, onde poderá ser fiscalizado de forma ostensiva, em que pese possa exercer atividade laborativa, de estudo e, periodicamente retornar ao convívio social, processo gradativo e que previne a recidiva. Não há pretender o regime aberto, porquanto ficaria o acusado desprovido de qualquer controle e em condições de retornar para o mesmo ambiente que o fez cometer crime. Observe-se que a fixação da pena mínima, que atende ao caráter retributivo da pena, não impede regime prisional mais severo, este ligado ao aspecto preventivo da infração." (e-STJ, fl. 18)

Como se vê, o Tribunal de origem estabeleceu o regime inicial semiaberto,

# Superior Tribunal de Justiça

baseado na gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas, que constitui fundamento inidôneo, segundo reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, consolidada nas Súmulas 440 do STJ, 718 e 719 do STF.

Saliente-se que a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e aos 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 (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 condenação 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.

Estabelecida a pena em 1 ano e 8 meses de reclusão, verificada a primariedade da agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o **regime aberto** é o suficiente e adequado para a reprovação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO. ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. 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. A quantidade e/ou natureza dos entorpecentes é fundamentação idônea para justificar a vedação da substituição da pena por medidas

# Superior Tribunal de Justiça

restritivas de direitos, de acordo com o disposto no inciso III do art. 44, do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

Na hipótese, constata-se que, o Tribunal *a quo* fundamentou a vedação da substituição da pena por restritiva de direitos com base na gravidade concreta do delito, revelada pela variedade de drogas apreendidas.

*Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, ratificando a liminar anteriormente deferida, fixar o regime inicial aberto para cumprimento de pena."

(HC 379.637/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/2/2017, DJe 24/2/2017).

Por fim, pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente, circunstâncias judiciais favoráveis), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser definida pelo Juízo de primeiro grau (AgRg no REsp 1.622.395/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 05/12/2016).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para fixar o regime aberto como o inicial para o cumprimento da pena reclusiva, assim como para substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser estabelecida pelo Juízo da execução.

Publique-se. Intime-se.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Americana/SP, com envio de cópia desta decisão.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Sem recurso, arquivem-se os autos.

Brasília, 08 de outubro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS  
Relator