

**HABEAS CORPUS Nº 558.782 - SP (2020/0017659-5)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
DANILO VICENTE DE ARAUJO SILVA - SP0420892  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : CARLOS ANTONIO DE OLIVEIRA (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de CARLOS ANTONIO DE OLIVEIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0004391-67.2018.8.26.0066).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, c.c. artigo 40, incisos III, ambos da Lei n. 11.343/2006, c.c. artigo 29, *caput*, do Código Penal, à pena de 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, e ao pagamento de 777 dias-multa.

Interposta apelação, o Tribunal local deu parcial provimento ao recurso defensivo para desclassificar a conduta do paciente para o delito previsto no artigo 37 da Lei n. 11.343/2006, readequando-se as penas a ele impostas para 2 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 300 dias-multa (e-STJ fls. 39/55). Confirma-se a ementa do julgado:

*TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - RÉ QUE TRAZIA CONSIGO E TINHA EM DEPÓSITO PORÇÕES DE COCAÍNA PALAVRAS DOS POLICIAIS EM SINTONIA COM O ACERVO PROBATÓRIO, A MERECER CREDIBILIDADE. TRAFICÂNCIA COMPROVADA. CONDENAÇÃO MANTIDA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS RECONHECIMENTO.*

*A mera suposição de que os acusados traficavam tóxicos é insuficiente a ensejar a condenação pelo delito descrito no art. 33 da Lei de Drogas. ABSOLVIÇÃO DE EDUARDO E MATHEUS DE RIGOR.*

*TRÁFICO DE ENTORPECENTES - RÉU QUE ATUAVA*

*COMO OLHEIRO CONDUTA PREVISTA NO ARTIGO 37 DA LEI N. 11.343/06. TIPO PENAL PRÓPRIO DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA DE CARLOS. NECESSIDADE.*

*TRÁFICO COMETIDO NAS PROXIMIDADES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO E AFINS PROVAS INSUFICIENTES DE QUE TAIS LOCAIS ERAM OS ALVOS DOS RÉUS MAJORANTE AFASTADA. RECURSOS DE EDUARDO E MATHEUS PROVIDOS, E RECURSOS DE SANDRA E CARLOS PARCIALMENTE PROVIDOS.*

No presente *writ* (e-STJ, fls. 3/8), a impetrante alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, em razão da fixação do regime mais gravoso. Argumenta que a gravidade abstrata do delito não pode ser utilizada para justificar o regime fechado, tendo em vista que o paciente é primário, a pena é inferior a 4 anos e as circunstâncias lhe são favoráveis. Assim, o regime aberto se mostra mais adequado, bem como é viável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Dessa forma, requer, na liminar e no mérito, a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O pedido liminar foi deferido pelo Ministro Presidente (e-STJ, fls. 59/60) para assegurar ao paciente o direito de aguardar, no regime aberto, o julgamento do presente *habeas corpus*.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ, fls. 125/128, opinou pela concessão da ordem somente para estabelecer o regime semiaberto, nos termos da seguinte ementa:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. CRIME DO ART. 37 DA LEI DE DROGAS. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. ESTABELECIMENTO DO MODO INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MEDIDA SOCIALMENTE NÃO RECOMENDÁVEL.*

*1. A apresentação de habeas corpus como substitutivo de recurso próprio, embora descabida, é indiretamente autorizada pelas Cortes Superiores, quando se impõe a verificação, na*

*quase totalidade dos casos, da possibilidade de concessão da ordem de ofício.*

*2. Na hipótese dos autos, embora a pena imposta ao paciente não tenha ultrapassado 4 anos, as circunstâncias específicas do caso (atuação como olheiro que colaborou decisivamente para a prática do tráfico, cometido em concurso de pessoas e com divisão de tarefas, quando apreendeu-se 144 porções de cocaína e R\$ 754 em dinheiro, além da constatação de que o paciente "[foi condenado por outro tráfico, praticado quatro meses após o apurado nestes autos, enquanto estava em gozo de liberdade provisória]") demonstram maior envolvimento de Carlos Antônio com o tráfico de drogas e também a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena e o óbice à substituição da pena, que não se mostra socialmente recomendada.*

*3. Ocorre que, quanto à imposição do regime fechado, apesar de ser possível o agravamento do modo de resgate da reprimenda, o mais adequado seria a fixação do regime imediatamente mais gravoso do que o imposto em razão do quantum da pena (2 anos de reclusão), qual seja o semiaberto.*

*4. Parecer pela concessão da ordem de habeas corpus, de ofício, tão somente para que seja estabelecido o regime prisional semiaberto para o cumprimento da reprimenda imposta ao paciente, cassando-se a decisão liminar que fixava o modo aberto.*

É o relatório. **Decido.**

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

Na espécie, verifico presente constrangimento ilegal apto a justificar a concessão da ordem de ofício.

Como é cediço, em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistente a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a

observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59 do Código Penal.

Ademais, consoante o enunciado da Súmula n. 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.*

Nesse mesmo sentido, seguem as Súmulas n. 718 e 719/STF, respectivamente:

*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.*

No caso, embora o Tribunal *a quo* tenha desclassificado a conduta do paciente e redimensionado sua pena para 2 anos de reclusão, manteve o regime inicial fechado com base na seguinte motivação (e-STJ, fls. 53/54):

[...]

*O regime inicial fechado, in casu, é o adequado e suficiente ao caráter qualitativo das reprimendas de ambos os acusados, sendo inviável o abrandamento.*

*Com efeito, a ré Sandra foi detida em ponto de tráfico, na posse de porções de cocaína e com mais de R\$400,00 em dinheiro. Já o acusado Carlos, em sua atuação como olheiro, colaborou com a prática de crime grave, qual seja, o tráfico de drogas, e efetivamente frustrou o eventual flagrante da movimentação típica. E não se olvide que a traficância é mola propulsora da criminalidade que assola o país, uma vez que o usuário, na ânsia de sustentar seu vício, pratica toda sorte de delitos, abalando consequentemente toda a sociedade.*

[...]

Da leitura acima, é possível extrair que o regime inicial mais gravoso foi estabelecido com base em referências genéricas acerca dos danos sociais causados pelo tráfico de drogas. Assim, o regime inicial fechado,

excessivamente mais severo do que a pena aplicada comporta, foi estabelecido sem fundamentação idônea.

Nesse contexto, em se tratando de réu primário, condenado a pena inferior a 4 anos de reclusão, com as circunstâncias judiciais preponderantemente favoráveis, deve ser-lhe conferido o regime aberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º, "c", e 3º, do Código Penal.

Do mesmo modo, atendendo o paciente aos requisitos do art. 44 do CP, constitui coação ilegal a não substituição da pena na espécie, motivo pelo qual promove-se a substituição da sanção corporal por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo juiz singular.

Nessa linha:

***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 LEGAIS. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 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 (17,770 g), 2 pinos de cocaína (1,61 g) e 3 pedras de crack (2,07 g), 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, julgado em 17/05/2016, DJe 25/05/2016)

[...]

**FRAÇÃO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI DE DROGAS. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO QUE NÃO SE REVELA EXPRESSIVA. POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA SANÇÃO EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE DE ESTABELECIMENTO DE MODO MENOS GRAVOSO PARA O RESGATE DA SANÇÃO RECLUSIVA E A SUA PERMUTA POR REPRIMENDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.**

[...]

3. *Tratando-se de condenado à pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, primário e de bons antecedentes, com quem foi apreendida quantidade de substâncias entorpecentes que não se revela expressiva ou elevada, impõe-se o estabelecimento do regime aberto para o cumprimento inicial da reprimenda privativa de liberdade, bem como a sua substituição por sanções restritivas de direitos.*

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena imposta ao paciente para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, e pagamento de 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, fixando-se o regime inicial aberto para o cumprimento da sanção reclusiva, e substituindo-a por reprimendas restritivas de direitos consistentes na prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana. (HC 363.239/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 20/10/2016, DJe 26/10/2016)

Ante o exposto, com base no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno do STJ, **não conheço** do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo a**

# *Superior Tribunal de Justiça*

**ordem, de ofício**, para confirmar a liminar anteriormente deferida e fixar o regime aberto, bem como para determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a critério do Juízo das Execuções Penais.

Publique-se.

Brasília/DF, 23 de março de 2020.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator