



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 351.165 - SP (2016/0065146-4)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PEDRO CAVENAGHI NETO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCAS EDUARDO RIBEIRO

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIALMENTE MAIS GRAVOSO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. **WRIT** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem da ordem de ofício.

II - Na hipótese dos autos, o regime fechado para o início do cumprimento da pena foi fixado com base na gravidade abstrata do delito. Contudo, o **Enunciado 440, da Súmula do STJ** afirma que *"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"*.

III - **In casu**, da análise dos fundamentos expostos pelas instâncias ordinárias, quando da realização da dosimetria da pena, verifica-se que as circunstâncias judiciais do paciente foram avaliadas de modo inteiramente favorável, bem como que se trata de indivíduo primário, razão pela qual o regime que melhor atende sua situação, nos termos do art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal, é o aberto.

IV - O **Pretório Excelso**, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do **HC n. 97.256/RS**, considerou inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012), e permitiu a concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de entorpecentes, desde que preenchidos requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

V - **In casu**, o paciente, não reincidente, teve valoradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais, com a pena-base fixada no mínimo legal, e foi condenado pela prática de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa (tráfico), à pena de 1



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, diante da redução de **2/3 (dois terços)** em razão da incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Assim, à luz do art. 44 do Código Penal, também faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva(s) de direito(s).

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar deferida, fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena, com a consequente conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal, a ser estabelecida pelo juízo **a quo**.

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de junho de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 351.165 - SP (2016/0065146-4)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em benefício de LUCAS EDUARDO RIBEIRO, apontando como autoridade coatora o eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006, às penas de **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão**, mais 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, em regime inicial fechado, e lhe foi negado o direito de apelar em liberdade (fls. 31-34). Interposta apelação pela defesa, os autos encontram-se conclusos (informação à fl. 57).

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus** perante o eg. Tribunal **a quo** por meio do qual buscava a revogação da r. decisão que denegou o direito de recorrer em liberdade. O eg. Tribunal **a quo** denegou a ordem, conforme ementa a seguir transcrita, **verbis**:

"HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS. Recurso em liberdade. Impossibilidade. Réu que respondeu ao processo preso. Persistência dos requisitos da custódia cautelar. Medidas cautelares alternativas. Impossibilidade de substituição da prisão diante da insuficiência das mesmas para garantir a ordem pública. ORDEM DENEGADA" (fl. 24).

Daí o presente **writ**, no qual alega o impetrante constrangimento ilegal diante da imposição do **regime inicial** fechado, quando o paciente faria jus ao regime aberto para o cumprimento da pena, a teor do disposto nas Súmulas n. 718 e 719 do eg. Supremo Tribunal Federal e na Súmula n. 440 do Superior Tribunal de Justiça.

Aduz, também, que o paciente teria direito à **substituição da pena** privativa de liberdade pela restritiva de direitos, pois presentes os requisitos previstos no art. 44 do Código



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal; e que não haveria fundamentação idônea quanto à negativa de recorrer em liberdade.

Requer, ao final, que seja declarada nula a r. sentença de primeiro grau no tocante a fixação do regime inicial e à substituição da pena; e, subsidiariamente, a revogação da prisão preventiva.

Liminar **deferida** às fls. 39-41, para que fosse observado em relação ao paciente o regime **aberto** até o julgamento final do presente **writ**.

As informações foram prestadas às fls. 57-72.

O Ministério Público Federal, às fls. 51-56 e 77-81, opinou pelo não conhecimento do **habeas corpus** e pela concessão da ordem de ofício, apenas para que o paciente cumpra a pena no regime inicial **semiaberto**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 351.165 - SP (2016/0065146-4)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIALMENTE MAIS GRAVOSO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. **WRIT** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Na hipótese dos autos, o regime fechado para o início do cumprimento da pena foi fixado com base na gravidade abstrata do delito. Contudo, o **Enunciado 440, da Súmula do STJ** afirma que "*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*".

III - **In casu**, da análise dos fundamentos expostos pelas instâncias ordinárias, quando da realização da dosimetria da pena, verifica-se que as circunstâncias judiciais do paciente foram avaliadas de modo inteiramente favorável, bem como que se trata de indivíduo primário, razão pela qual o regime que melhor atende sua situação, nos termos do art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal, é o aberto.

IV - O **Pretório Excelso**, nos termos da r.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do **HC n. 97.256/RS**, considerou inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012), e permitiu a concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de entorpecentes, desde que preenchidos requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

V - **In casu**, o paciente, não reincidente, teve valoradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais, com a pena-base fixada no mínimo legal, e foi condenado pela prática de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa (tráfico), à pena de **1 (um) ano e 8 (oito) meses** de reclusão, diante da redução de **2/3 (dois terços)** em razão da incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Assim, à luz do art. 44 do Código Penal, também faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva(s) de direito(s).

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar deferida, fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena, com a consequente conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal, a ser estabelecida pelo juízo **a quo**.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A r. sentença de 1ª instância fundamentou a dosimetria da pena e a fixação do regime inicial do paciente da seguinte forma (fls. 31-34, sem grifos no original):

*"Isto considerado, passo à dosagem da pena. Considerando o disposto no artigo 59, do Código Penal, **devida a fixação da pena-base no mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão** e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. Diante das circunstâncias de quantidade do entorpecente apreendido, **possível a aplicação do redutor** previsto no § 4º, do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, **em seu patamar máximo**, já que não se pode dizer ser expressiva a quantidade do entorpecente apreendido. Assim, por conta deste redutor, deve a pena base ser reduzida em 2/3 (dois terços), **totalizando pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão** e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo, em razão da situação econômica do acusado. [...]*

*Sobre o regime inicial de cumprimento da pena, e considerando a natureza hedionda do delito, por equiparação, atendendo comando constitucional (art. 5º, XLIII, CF), dispõe o artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, que **a pena deverá ser cumprida inicialmente em regime fechado, afastados por conseguinte a substituição da pena privativa por restritiva de direitos** [...]*

Deste modo, a pena cominada ao acusado deverá ser inicialmente cumprida em regime fechado, não se lhe facultando a interposição de recurso em liberdade, já que persistem os fundamentos que determinaram a prisão cautelar, sem prejuízo de eventual progressão em sede de execução provisória. [...]"

Interposta apelação pela defesa, o recurso aguarda julgamento (informações do eg. Tribunal de origem à fl. 57).

Depreende-se da leitura do excerto acima que **não foi invocado pela instância ordinária outro fundamento para a imposição do regime inicial mais gravoso ao paciente que não o óbice imposto a gravidade abstrata do delito.**

Quanto a esse fundamento, o entendimento acerca da sua vedação encontra-se, inclusive, sumulado, conforme pode se depreender dos enunciados n. **718** e **719** da Súmula/STF, e n. **440** da Súmula/STJ, os quais transcrevo a seguir, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicada permitir exige motivação idônea."

"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."

Da análise dos fundamentos expostos pela instância ordinária, quando da realização da dosimetria da pena, verifica-se que as circunstâncias judiciais do paciente foram avaliadas de modo inteiramente favorável, com a fixação da pena-base no mínimo legal, bem como se trata de indivíduo primário, razão pela qual o regime que melhor atende sua situação, em razão da pena imposta, nos termos do art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal, é o **aberto**.

Outrossim, o **Pretório Excelso**, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do **HC n. 97.256/RS**, considerou inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 - cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012) -, e permitiu a concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de drogas desde que preenchidos requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

O paciente, não reincidente, teve valoradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais, - com a pena-base fixada no mínimo legal -, e foi condenado pela prática de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa (tráfico) à pena de **1 (um) ano e 8 (oito) meses** de reclusão, diante da redução de **2/3 (dois terços)** em razão da incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Assim, à luz do art. 44 do Código Penal, faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**. **Concedo**, entretanto, a **ordem de ofício** para, confirmando a liminar deferida, fixar o regime inicial **aberto** para o cumprimento da pena, com a consequente conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal, a ser estabelecida pelo juízo **a quo**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0065146-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 351.165 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00013745420158260510 13745420158260510 20150000568252 21018954820158260000

EM MESA

JULGADO: 21/06/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PEDRO CAVENAGHI NETO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCAS EDUARDO RIBEIRO

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.