



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.878 - SP (2015/0166531-6)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ALINE TOYAMA SHIRAKI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCAS ALVES DE ARAUJO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. FIXADO O REGIME FECHADO E NEGADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REPRIMENDA TOTAL INFERIOR A 4 ANOS. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 718 E 719/STF E DA SÚMULA 440/STJ. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

1. A atual jurisprudência não tem admitido o emprego do *habeas corpus* em substituição a recurso especialmente previsto no texto constitucional.

2. Esta Corte Superior, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. *In casu*, foi fixado o regime inicial fechado e negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com base na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

4. Fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação, e aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em patamar máximo, sendo a reprimenda final inferior a 4 anos de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 33, § 2º, c, e 44 e incisos, ambos do Código Penal.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial aberto, ratificada a liminar anteriormente deferida, bem como para possibilitar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Vara de Execuções competente (Ação Penal nº 0008195-33.2014.8.26.0050).

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 16 de agosto de 2016 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.878 - SP (2015/0166531-6)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **Lucas Alves de Araújo**, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que, nos autos da Apelação Criminal n. 0008195-33.2014.8.26.0050, negou provimento ao apelo defensivo, com a seguinte ementa (fl. 23):

DIREITO CRIMINAL - APELAÇÃO DO RÉU - TRÁFICO DE DROGAS - AUTORIA E MATERIALIDADE - Apreensão, em ponto de venda de drogas, de 14 porções de maconha, embaladas e prontas para comercialização no varejo - Depoimento de policiais em consonância com o conjunto probatório - Sentença mantida por seus próprios fundamentos.

REGIME INICIAL FECHADO - Determinação do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 - Ademais, único necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime em questão.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - Inadmissibilidade - Não preenchimento de requisito do art. 44 do Código Penal.

Apelação não provida.

O paciente foi condenado, em primeira instância, pela prática do delito do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 166 dias-multa, vedado o recurso em liberdade (Ação Penal nº 0008195-33.2014.8.26.0050 – fls. 14/21).

Neste *writ*, a defesa sustenta que o paciente sofre constrangimento ilegal, pois o regime inicial de cumprimento de pena foi estabelecido com base na gravidade abstrata do delito. Afirma, também, ser ele primário e que a pena-base foi fixada no mínimo legal.

Postula, assim, liminarmente, a fixação do regime inicial aberto. No mérito, a confirmação da liminar e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Liminar deferida pela Vice-Presidente em exercício, Ministra Laurita



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vaz, em 14/7/2015 (fls. 44/47).

Prestadas as informações (fls. 50/77), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* e, caso conhecido, pela denegação da ordem (fls. 82/90).

É o relatório



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.878 - SP (2015/0166531-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Preliminarmente, é de se destacar que a impetração em análise contraria o entendimento desta Corte Superior, que é no sentido de que não se deve conhecer de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio.

Existe, é certo, a possibilidade de concessão da ordem de ofício, a fim de corrigir eventual flagrante ilegalidade, o que é o caso.

Está sob discussão no presente *writ*, a fixação de regime prisional mais gravoso para início de cumprimento da pena e a substituição da pena corporal por restritiva de direito, nos autos da Ação Penal n. 0008195-33.2014.8.26.0050, imposta pelo Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal da comarca de São Paulo/SP.

Da sentença constou o seguinte (fls. 19/20 – grifo nosso): *Nos termos do artigo 42 da Lei n. 11.343/2006, fixo a pena-base, ao final da segunda fase, no mínimo legal, 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, considerando especialmente que o réu não registra antecedentes criminais (apenso de antecedentes próprio) e diante da atenuante da menoridade relativa (réu nascido em 13/11/1994 – fl. 17). Na terceira fase de aplicação da pena, reputo presentes os pressupostos previstos no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, de modo que reduzo a reprimenda do máximo (2/3), alcançando o importe de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa. De fato, o acusado é primário e não há nos autos provas de que se dedica a atividades criminosas ou de que integra organização criminosa, fazendo jus, portanto, ao benefício. Optou-se pela redução da pena no patamar máximo, na medida em que o réu ostenta 19 (dezenove) anos de idade, é primário, consoante apenso próprio, e o fato de não ter sido encontrado com quantidade expressiva de droga [...]. **Inviável conceder a substituição ou suspensão da pena privativa de liberdade em razão da***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

natureza do delito, já que assemelhado ao hediondo e, portanto, com disciplina e regramento próprio oriundo da lei de crimes hediondos. Até por disposição legal, deverá iniciar o cumprimento da pena corporal em regime fechado. Note-se que a própria Constituição autorizou que o legislador ordinário impusesse um tratamento diferenciado a alguns tipos de crime, mormente os hediondos e assemelhados. Assim, a pena e o regime impostos pela lei especial têm pleno amparo constitucional, não havendo como, sem ofender a própria Constituição, impor regime mais brando para cumprimento da pena corporal.

No julgamento da apelação, o Tribunal paulista entendeu que, a reprimenda foi fixada, corretamente, com observância dos parâmetros legais e características peculiares ao caso. Com efeito, **por não haver reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, observado o disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006, foi a pena-base fixada no mínimo de 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no piso legal.** Na segunda fase, não computou no cálculo qualquer circunstância agravante ou atenuante, mantendo a pena no patamar anteriormente fixado, devendo ser ressaltado que eventual existência de circunstância atenuante (menoridade relativa) não poderia reduzir a reprimenda aquém desse patamar (Súmula 231 do STJ). Em seguida, escoreita a aplicação do redutor da pena constante do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois além de o acusado ser primário e possuir bons antecedentes, não há prova nos autos de dedicação às atividades criminosas, muito menos, de integração em organização criminosa. Assim, diminuída a pena na fração de dois terços (2/3), como era de rigor, atingiu ela 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor mínimo legal, tendo em conta não ter sido apreendida grande quantidade do entorpecente [...] **Não obstante a pena imposta, inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Isso porque, além da vedação expressa do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 (suspensa pela Resolução n. 5/2012 do Senado Federal), as**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

peculiaridades deste caso concreto, revelam que o apelante não preenche os requisitos do art. 44 do Código Penal. In casu, tem-se que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é insuficiente para a prevenção e repressão do delito, sendo, portanto, sua concessão, vedada pelo art. 44, inciso III, do Código Penal. Some-se a isso o fato de o recorrente ter praticado crime gravíssimo, equiparado, constitucionalmente, a hediondo (artigo 5º, XLIII, CF). Assim, pela conduta do réu, bem como pelas circunstâncias do crime, não há indicação de que tal substituição seja suficiente ou recomendável. Quanto ao regime inicial fechado, nada há de ser modificado. Em que pese a existência de decisões em sentido contrário - não vinculantes, diga-se - dos Tribunais Superiores, de rigor o regime inicial fechado para o cumprimento das sanções, de acordo com a determinação constante no artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, que regula os crimes hediondos, hipótese equiparada ao caso concreto. De se notar que o regime inicial fechado é o único compatível com a natureza e o grau de lesividade do delito de tráfico de entorpecentes, além de ser o único necessário e suficiente para repressão e prevenção do crime (art. 33, § 3º c/c o art. 59, ambos do Código Penal). Não é demais ressaltar que o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, embora prescindida de violência ou de grave ameaça, tem como força motriz a dependência química e psíquica, principalmente por parte de jovens de diferentes classes sociais, resultando em consequente incremento na criminalidade, mormente em delitos mais graves, motivados pela necessidade de sustentar o vício. Daí o reconhecimento da alta periculosidade da conduta a impor o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade em regime fechado, que permitirá maior eficácia na recuperação do apelante, bem como a importante reflexão quanto ao impacto social e a gravidade de sua conduta (fls. 28/30).

De acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, não há mais espaço para a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade com base apenas na vedação contida no art. 2º, § 1º, da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

n. 8.072/1990 ou na gravidade abstrata do delito. A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permite exige motivação idônea, mesmo em se tratando de crime hediondo ou a ele equiparado.

Com a declaração pelo Pretório Excelso da inconstitucionalidade do regime integral fechado e do § 1º do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos, com redação dada pela Lei n. 11.464/2007, o cumprimento da pena passou a ser regido pelas disposições gerais do Código Penal (HC n. 285.744/RJ, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 26/3/2014).

Mesmo para os crimes hediondos ou a eles equiparados cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, então, seja escolhido o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e repressão do delito perpetrado (HC n. 273.348/SP, Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 27/2/2014).

Confirmam-se, ainda, estes julgados da Sexta Turma: HC n. 351.722/SP, Ministro Rogério Schietti Cruz, DJe 17/5/2016; HC n. 342.645/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 15/3/2016; HC n. 343.710/SP, Felix Fischer, DJe 21/3/2016; HC n. 339.838/SP, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), DJe 16/2/2016; e HC n. 325.630/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 30/11/2015.

Do Supremo, além do HC n. 111.840/ES, Ministro Dias Tofolli, Pleno, DJe 17/12/2013, os seguintes precedentes: HC n. 120.595/AL, Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 22/5/2014; e RHC n. 120.334/RJ, Ministro Gilmar Mendes, DJe 15/5/2014.

Quanto ao outro aspecto, diz a nossa jurisprudência que é viável a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos quando se revelam presentes os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal. Por exemplo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

confirmam-se os seguintes julgados: HC n. 158.624/MG, Ministro Haroldo Rodrigues, Desembargador convocado do TJ/CE, DJe 6/12/2010; HC n. 118.776/MG, Ministro Nilson Naves, DJe 23/8/2010; e HC n. 83.480/DF, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 28/9/2009.

De mais a mais, é consabido que o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o HC n. 97.256/RS, declarou a inconstitucionalidade da vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pelo delito de tráfico de drogas. Tanto que foi editada pelo Senado Federal a Resolução n. 5/2012, na qual está escrito:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do *Habeas Corpus* nº 97.256/RS.

Assim, restaram superadas a obrigatoriedade do regime inicial fechado e a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por tráfico ilícito de drogas.

In casu, verifica-se que foi fixado o regime inicial fechado e negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com base, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

Por tais razões, **não conheço** do *habeas corpus*. **Concedo a ordem de ofício**, a fim de fixar o regime inicial aberto, ratificada a liminar anteriormente deferida, bem como para possibilitar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais competente (Ação Penal nº 0008195-33.2014.8.26.0050).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0166531-6

HC 329.878 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00081953320148260050 20150000298767 2532014 81953320148260050

EM MESA

JULGADO: 16/08/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ALINE TOYAMA SHIRAKI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCAS ALVES DE ARAUJO

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.