



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 417.483 - SP (2017/0244445-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : WILD AFONSO OGAWA FILHO - RS086384B
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUAN HENRIQUE DONA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA UTILIZADA PARA FIXAR O PATAMAR DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. INOVAÇÃO NOS FUNDAMENTOS PELA CORTE DE ORIGEM EM RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. POSSIBILIDADE. PROFUNDIDADE DO EFEITO DEVOLUTIVO. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITO. ART. 147 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA EM PARTE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA 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.

2. Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

3. O princípio do *non reformatio in pejus* não obsta que o Tribunal de origem, exercendo sua soberania para dizer o direito, encontre nova fundamentação para manter o índice redução do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em metade, desde que respeitada a imputação deduzida pelo órgão de acusação e o limite da pena imposta no Juízo de origem.

4. Estabelecida a reprimenda final em 2 anos e 6 meses de reclusão, verificada a primariedade da agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime inicial aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.

5. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

6. A Terceira Seção desta Corte pacificou o entendimento de não ser possível a execução provisória de penas restritivas de direitos, conforme disposto no art. 147 da Lei de Execução Penal (ERESP 1.619.087/SC, Rel. p/ o acórdão o Ministro JORGE MUSSI, julgado em 14.6.2017, DJe de 24.8.2017).

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a ser definida pelo Juízo da Execução. Defiro, ainda, a suspensão, até o trânsito em julgado da condenação, da execução provisória das penas restritivas de direitos impostas na Ação Penal n. 0000376-64.2016.8.26.0603.

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 Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 417.483 - SP (2017/0244445-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : WILD AFONSO OGAWA FILHO - RS086384B
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUAN HENRIQUE DONA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **LUAN HENRIQUE DONA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime semiaberto, mais pagamento de 250 dias-multa, vedado o apelo em liberdade.

Em grau recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo da defesa e determinou o início do cumprimento da pena provisória.

Nesta Corte, o impetrante alega violação ao princípio da presunção de inocência, em razão da determinação da execução provisória da pena. Defende que não há fundamento concreto para a prisão cautelar. Sustenta, também, a nulidade da sentença por falta de motivação no que se refere à aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau de 1/2. Assevera que é vedado ao Tribunal de origem acrescentar novo fundamento para manter afastada a minorante em sua totalidade, sobretudo quando a quantidade de droga apreendida não é significativa (15,59 g de cocaína), o que reforça a imposição da redutor na fração máxima. Por fim, destaca que, estabelecida a pena em patamar inferior a quatro anos de reclusão e sendo primário o paciente, o regime aberto é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

A liminar foi indeferida (e-STJ, fls. 48-50).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem, de ofício, para se fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito (e-STJ, fls. 115-116).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 417.483 - SP (2017/0244445-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : WILD AFONSO OGAWA FILHO - RS086384B
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUAN HENRIQUE DONA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA UTILIZADA PARA FIXAR O PATAMAR DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. INOVAÇÃO NOS FUNDAMENTOS PELA CORTE DE ORIGEM EM RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. POSSIBILIDADE. PROFUNDIDADE DO EFEITO DEVOLUTIVO. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITO. ART. 147 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA EM PARTE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA 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.

2. Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

3. O princípio do *non reformatio in pejus* não obsta que o Tribunal de origem, exercendo sua soberania para dizer o direito, encontre nova fundamentação para manter o índice redução do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em metade, desde que respeitada a imputação deduzida pelo órgão de acusação e o limite da pena imposta no Juízo de origem.

4. Estabelecida a reprimenda final em 2 anos e 6 meses de reclusão, verificada a primariedade da agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime inicial aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.

5. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

6. A Terceira Seção desta Corte pacificou o entendimento de não ser possível a execução provisória de penas restritivas de direitos, conforme disposto no art. 147 da Lei de Execução Penal (ERESP 1.619.087/SC, Rel. p/ o acórdão o Ministro JORGE MUSSI, julgado em 14.6.2017, DJe de 24.8.2017).

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo da Execução. Defiro, ainda, a suspensão, até o trânsito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em julgado da condenação, da execução provisória das penas restritivas de direitos impostas na Ação Penal n. 0000376-64.2016.8.26.0603.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

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.

Quanto ao pedido de aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em sua totalidade, o inconformismo do impetrante não merece acolhimento.

O Tribunal de origem manifestou-se da seguinte forma sobre a questão:

"Embora concisa a fundamentação neste tocante, o MMo. Juiz *a quo* esteve atento às peculiaridades do delito e adotou patamar de redução adequado.

O § 4º do art. 33 da Lei de Drogas estabelece uma margem para o julgador, que, considerando o caso concreto, estabelecerá o quantum de diminuição, não havendo obrigatoriedade de que ela seja no máximo.

Considerando as circunstâncias do caso em tela, entende-se que a redução deve se dar mesmo no patamar de metade, à vista da quantidade e principalmente da natureza devastadora dos entorpecentes.

Nenhum reparo a ser feito, portanto, na pena aplicada".

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, **ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade**, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria.

A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (RHC 72.118/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 26/10/2016 e AgRg no REsp 1.442.055/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015).

Na hipótese, observa-se que o Tribunal de origem, conforme autoriza a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurisprudência desta Corte, considerou a natureza e a quantidade de droga apreendida para manter o índice de redução em 1/2. Desse modo, tendo sido apresentados motivos idôneos para o patamar definido, a alteração desse *quantum* é questão afeta à atividade discricionária do julgador, que só pode ser revista quando verificada sua desproporcionalidade, o que não é o caso.

A respeito, os seguintes precedentes que respaldam esse entendimento:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. NULIDADE NÃO EVIDENCIADA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). QUANTUM DE REDUÇÃO. PROPORCIONALIDADE. TRÁFICO PRIVILEGIADO (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). HEDIONDEZ. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REGIME FECHADO. PENAS SUPERIORES A 4 E INFERIORES A 8 ANOS. GRAVIDADE CONCRETA. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. ART. 33, § 3º, DO CP E ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PATAMAR DAS REPRIMENDAS SUPERIOR A 4 ANOS. WRIT NÃO CONHECIDO.

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.

[...]

3. Os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para aplicar ao caso concreto a fração de 1/6 da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em razão da quantidade, natureza e variedade das drogas apreendidas, estão em consonância com o entendimento desta Corte.

[...]

5. A fixação das penas privativas de liberdade em patamar superior a 4 (quatro) anos impede as suas substituições por restritivas de direitos (art. 44, I, do Código Penal - CP).

Habeas corpus não conhecido."

(HC 228.775/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 17/8/2017, DJe 28/8/2017);

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO FIXADA EM 1/6. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO UTILIZADA. REGIME PRISIONAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. ELEVADA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Deve ser mantida a fração redutora de 1/6, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o acórdão, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamenta, concretamente, na quantidade da droga apreendida.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido."

(HC 401.240/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1º/8/2017).

Vale lembrar que, em relação ao sopesamento da quantidade e variedade da droga para a escolha do patamar de redução, já concluiu a Suprema Corte que "não há impedimento a que essas circunstâncias recaiam, alternadamente, na primeira ou na terceira fase da dosimetria, a critério do magistrado, em observância ao princípio da individualização da pena" (HC 129.555 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 7/10/2016, PUBLIC 27-10-2016).

Convém destacar, ainda, que eventual nulidade da sentença condenatória por vício na dosimetria está superada pela superveniência do julgamento da apelação.

Sob o aspecto da extensão e da profundidade do efeito devolutivo na apelação, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que é permitido ao Tribunal de origem agregar novos fundamentos para manter a dosimetria fixada em primeiro grau, sem se falar em ofensa ao princípio da *reformatio in pejus*, desde que se valha de elementos contidos na sentença condenatória e não agrave a situação do réu (HC 349.015/SC, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 2/5/2016).

Logo, o Tribunal de origem, exercendo sua soberania para dizer o direito, pode acrescentar nova fundamentação para manter o índice redução do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, desde que respeitada a imputação deduzida pelo órgão de acusação e o limite da pena imposta no Juízo de origem.

A propósito, confira-se a seguir:

"AGRAVO REGIMENTAL CONTRA O INDEFERIMENTO LIMINAR DE *HABEAS CORPUS*. INEVIDÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. ACRÉSCIMO DE FUNDAMENTO PELO TRIBUNAL. *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO OCORRÊNCIA. FRAÇÃO DE REDUÇÃO. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (*CRACK*). DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR.

1. Inexistindo patente ilegalidade a ser reparada, não há razão para processar o habeas corpus.

2. Predomina na jurisprudência desta Corte Superior o entendimento de que é lícito ao Tribunal de apelação agregar fundamentação jurídica não ventilada na sentença, ainda que em recurso exclusivo da defesa, desde que não implique o agravamento da situação concreta do apelante, uma vez que tal providência não consubstancia *reformatio in pejus*.

3. Hipótese em que o Tribunal local apontou a natureza mais nociva da droga apreendida (*crack*) para justificar sua decisão de aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no grau médio, o que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

encontra amparo na jurisprudência desta Corte Superior.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 322.332/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 16/08/2017)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. PROCESSOS EM ANDAMENTO. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas. A razão de ser da causa especial de diminuição de pena é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, ao cometer um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

2. Certo é que a existência de inquéritos policiais ou de ações penais em andamento não possuem o condão de exasperar a reprimenda-base, consoante o enunciado na Súmula n. 444 deste Superior Tribunal. Essa, aliás, é a essência do princípio da presunção de não culpabilidade. Contudo, não há óbice a que processos em andamento ou mesmo condenações ainda sem a certificação do trânsito em julgado possam, à luz das peculiaridades do concreto concreto, ser considerados elementos aptos a demonstrar, cautelarmente, eventual receio concreto de reiteração delitiva (ensejando, por conseguinte, a necessidade de prisão preventiva para a garantia da ordem pública) ou mesmo para evidenciar, como no caso, a dedicação do acusado a atividades criminosas, notadamente quando verificado que as anotações anteriores também são relativas ao crime de tráfico de drogas.

3. O registro de feitos criminais em curso ou condenações ainda pendentes de definitividade podem afastar o redutor não por ausência de preenchimento dos dois primeiros requisitos elencados pelo legislador, quais sejam, a primariedade e a existência de bons antecedentes, mas pelo descumprimento do terceiro e/ou do quarto requisito exigido pela lei, que é a ausência de dedicação do acusado a atividades delituosas e a sua não integração em organização criminosa.

4. Importante a observação de que não basta a existência de uma condenação anterior ou de um processo em andamento para autorizar a conclusão de que o acusado se dedica a atividades criminosas, notadamente quando o crime anterior em nada interferir na compreensão de que se trata de um pequeno traficante ou de um traficante ocasional.

5. É possível que o julgador, dentro de sua discricionariedade juridicamente vinculada, possa livremente valorar as provas carreadas aos autos e os demais dados constantes do processo - inclusive os depoimentos de testemunhas ou mesmo a confissão do acusado - para, se for o caso, se convencer de que o agente não é merecedor do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, por se dedicar a atividades criminosas.

6. Para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o acusado se dedicaria a atividades delituosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminal, providência, como cediço, vedada em recurso especial, a teor da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

7. Embora a proibição de reforma para pior garanta ao recorrente o direito de não ter sua situação, direta ou indiretamente, agravada, nada impede, no entanto, que o Tribunal, para dizer o direito - ao exercer, portanto, sua soberana função de juris dictio -, encontre motivação própria, respeitados os limites da pena imposta no juízo de origem, a imputação deduzida pelo órgão de acusação e a extensão cognitiva da sentença impugnada.

8. Não obstante a Corte estadual haja mencionado fundamentos não utilizados pelo Juiz sentenciante para negar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a situação do recorrente não foi, direta ou indiretamente, agravada, pois, com o não provimento do recurso de apelação, manteve-se inalterada a sentença condenatória, motivo pelo qual não há falar em *reformatio in pejus*.

9. Agravo regimental não provido.

(AgInt no REsp 1596478/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 14/11/2016)

Quanto ao regime prisional, assiste razão ao impetrante.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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).

Pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade da agente e circunstâncias judiciais favoráveis), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução, valendo-se anotar que esta Corte e o Supremo Tribunal Federal entendem que não existe óbice na Lei de Drogas para a concessão do citado benefício, quando preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal (HC 377.765/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 6/6/2017, DJe 13/6/2017).

Por fim, também merece acolhimento o pedido para que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da condenação.

A 3ª Seção do STJ, apacando divergência que existia entre a 5ª e a 6ª Turma acerca da matéria, pacificou nesta Corte, o entendimento de que não se procede à execução provisória de penas restritivas de direitos, conforme disposto no art. 147 da Lei de Execução Penal (ERESP 1.619.087/SC, Rel. p/ o acórdão o Ministro JORGE MUSSI, julgado em 14.6.2017, DJe de 24.8.2017).

Sobre o tema, vem decidindo a Quinta Turma desta Corte:

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao tratar sobre a execução provisória da pena, decidiu apenas acerca da privativa de liberdade, nada dispondo sobre as penas restritivas de direito.

2. Ademais, a Suprema Corte, ao tempo em que vigorava o entendimento de ser possível a execução provisória da pena, como agora, não a autorizava para as penas restritivas de direito (EDcl no AgRg no AREsp 688.225/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 28/09/2016).

3. Em suma, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal, as penas restritivas de direitos só podem ser executadas após o trânsito em julgado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da sentença penal condenatória. Precedentes do STF e do STJ.

4. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1.618.434/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017)

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

I - "A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal" (HC n.

126.292/SP, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Teori Zavascki, DJe de 17/5/2016).

II - Antes da guinada jurisprudencial que o HC n. 84.078/MG, não permitindo execução provisória de pena privativa de liberdade, hoje superada pelo HC n. 126.292/SP, o Pretório Excelso, bem como este Tribunal Superior, já entendia que, no caso das penas restritivas de direitos, não cabia execução provisória antes do trânsito em julgado, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal (precedentes).

III - Assim, segundo entendimento assente na Quinta Turma deste Tribunal (AgRg no REsp n. 1.618.434/MG, AREsp n. 971.249/SP), é inadmissível a execução provisória de penas restritivas de direito.

Recurso provido para, reformando o v. acórdão recorrido, suspender a execução provisória das penas restritivas de direitos impostas ao paciente."

(RHC 80.384/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 07/04/2017)

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução. Defiro, ainda, a suspensão, até o trânsito em julgado da condenação, da execução provisória das penas restritivas de direitos impostas na Ação Penal n. 0000376-64.2016.8.26.0603.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0244445-1

HC 417.483 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00003766420168260603 20170000651222 3766420168260603

EM MESA

JULGADO: 28/11/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : WILD AFONSO OGAWA FILHO - RS086384B
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUAN HENRIQUE DONA

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 Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.