



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 299.635 - SP (2014/0179528-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUAN CAMPOS BOLDRINI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DOUGLAS NETREBA FAUCON JUNIOR (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/2006. REGIME PRISIONAL FECHADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS COM BASE NA VARIEDADE E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

– O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

– No que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir tal possibilidade, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012.

– No caso, o regime fechado foi fixado pelo Tribunal *a quo* com base apenas na hediondez do crime, o que, por si só, não constitui motivação idônea para a fixação de regime mais gravoso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Considerando que a pena-base foi estabelecida acima do mínimo legal, ante a quantidade e variedade da droga apreendida – 74,4 gramas de maconha, 137 gramas de cocaína e 62 gramas de *crack* – e o redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 foi aplicado na fração intermediária de 1/2, resultando em uma pena definitiva de 2 anos e 6 meses de reclusão, deve ser fixado, nos termos do art. 33, § 2º, “b”, e § 3º, do Código Penal, o regime inicial semiaberto.
- O indeferimento da benesse prevista no art. 44 do Código Penal, baseado na variedade e quantidade das drogas apreendidas, deve ser mantido, pois encontra-se em consonância ao que tem decidido esta Corte Superior de Justiça acerca do tema. Precedentes.
- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para, ratificando a liminar deferida, fixar o regime inicial semiaberto.

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 Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de outubro de 2015 (Data do Julgamento).

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 299.635 - SP (2014/0179528-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUAN CAMPOS BOLDRINI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DOUGLAS NETREBA FAUCON JUNIOR (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de DOUGLAS NETREBA FAUCON JUNIOR, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 0029823-15.2013.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, pela conduta descrita no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, à pena de 3 anos, 4 meses e 25 dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime semiaberto, e 339 dias-multa (e-STJ fls. 65/76).

Irresignada, acusação e defesa recorreram, tendo o Tribunal de origem dado provimento parcial aos apelos, modificando o regime de cumprimento da pena para o fechado e diminuindo a reprimenda para 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, consoante acórdão acostado às e-STJ fls. 145/152.

Na presente impetração, busca a defesa a fixação do regime inicial semiaberto ou aberto, sob argumento de que o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990 é norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Aduz, ainda, ser admissível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, pois o STF também declarou inconstitucional a expressão “*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*” constante no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pugna, inclusive liminarmente, pela concessão da ordem, fixando-se o regime mais brando em favor do paciente e substituindo a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Pedido liminar deferido, estabelecendo-se o regime semiaberto até o julgamento da presente ordem (e-STJ fls. 161/165).

Informações prestadas às e-STJ fls. 179/200.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo não conhecimento do *writ* e, caso conhecido, pela sua concessão *ex officio* (e-STJ fls. 205/206).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 299.635 - SP (2014/0179528-2)

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, cumpre analisar a adequação da via eleita para a manifestação da irresignação contra o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*.

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

No caso, a impetração insurge-se contra acórdão do Tribunal de origem que deu provimento parcial ao recurso interposto pela defesa, o que, de acordo com a nossa sistemática recursal, ensejaria a hipótese de recurso especial.

Assim, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise das teses defensivas, a fim de verificar a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação, de ofício, por este Superior Tribunal de Justiça.

Como já consignado no relatório, busca a defesa a modificação do regime fechado estabelecido no acórdão recorrido e a aplicação do art. 44 do Código Penal.

No caso, verifica-se que o acórdão recorrido, ao dar provimento parcial ao recurso defensivo, estabeleceu a pena-base 1/6 acima do mínimo legal. Na segunda fase, reconhecida a atenuante da menoridade, a pena retornou ao mínimo de 5 anos de reclusão. Por fim, ante o redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a pena foi reduzida em 1/2, restando a pena corporal definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão.

Por outro lado, o acórdão do Tribunal de origem, ao dar provimento parcial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao apelo da acusação, modificou o regime estabelecido na sentença, no caso, o semiaberto, para o fechado, tendo o voto condutor do acórdão recorrido assentado que:

O regime carcerário inicialmente fechado se impõe, por se tratar de crime considerado hediondo, nos termos da Lei Federal nº 8.072/1990, c.c a Lei Federal nº 11.464/2007. (e-STJ fl. 152).

Como é cediço, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

O regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

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, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis* :

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, apesar de o paciente ser primário, a pena-base ter se afastado do mínimo legal com base apenas na espécie e quantidade da droga e o redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 aplicado na fração intermediária de 1/2, o regime fechado foi fixado pelo Tribunal *a quo* sem a apresentação de fundamentação suficiente para tanto, pois, como visto, a hediondez do crime, por si só, não constitui motivação idônea para a fixação de regime mais gravoso.

Assim, considerando que a pena-base foi estabelecida acima do mínimo legal, ante a quantidade da droga apreendida - 74,4g de maconha, 137g de cocaína e 62g de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crack - entendendo que, mesmo sendo o paciente primário, deve ser fixado, nos termos do art. 33, § 2º, “b”, e § 3º, do Código Penal, o regime semiaberto para cumprimento da pena do ora paciente.

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO DO REDUTOR DIVERSO DO MÁXIMO. DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE.

(...)

5. No caso dos autos, a despeito de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis e de a pena reclusiva ter sido fixada em 3 anos e 4 meses, a quantidade e a espécie das drogas apreendidas em poder do paciente - 37 (trinta e sete) porções de maconha, 46 (quarenta e seis) porções de crack e 15 (quinze) porções de cocaína, levadas em consideração na terceira etapa da dosimetria da pena - também devem ser utilizadas para o fim de fixar o regime prisional, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, por reclamar o delito cometido maior intensidade na retribuição penal.

(...)

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena. (HC 323.049/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 05/10/2015) - (grifei).

No que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir tal possibilidade, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, através da Resolução n. 5/2012.

No caso, a substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos foi negada pelo Tribunal de origem nos seguintes moldes:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, em que pese a primariedade do réu, a variedade e a quantidade de drogas apreendidas revelam que Douglas estava propenso a se dedicar ao vil comércio. Assim, o apelante não faz jus a outras benesses legais, insuficientes à reprovação da conduta e socialmente inadequadas (e-STJ fl. 152).

De fato, a denúncia narra que o paciente trazia consigo 38 porções individuais de maconha, com peso líquido de 74,4 gramas, 100 pinos plásticos contendo cocaína, com peso líquido de 137 gramas e 97 pinos plásticos com crack, pesando 62 gramas (e-STJ fl. 9).

Assim, constata-se que o indeferimento da benesse prevista no art. 44 do Código Penal, baseado na variedade e quantidade das drogas apreendidas, deve ser mantido, pois encontra-se em consonância ao que tem decidido esta Corte Superior de Justiça.

A propósito:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MEDIDA CONSIDERADA INADEQUADA À REPRESSÃO E PREVENÇÃO DO DELITO EM FACE DA NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDAS E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO EM FLAGRANTE. FUNDAMENTO IDÔNEO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

1. Esta Corte Superior de Justiça tem decidido que a natureza e a quantidade de drogas constituem fundamento idôneo ao indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

2. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para determinar que o Juízo competente analise os requisitos previstos no artigo 33 do Código Penal para a fixação do regime inicial. (HC 319.530/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (Desembargador Convocado do TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 23/09/2015) - grifei.

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IMPOSSIBILIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO DO REDUTOR DIVERSO DO MÁXIMO. DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE.

(...)

6. Pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos inviabilizado, diante da quantidade e da natureza das drogas apreendidas, por não ser a punição requerida suficiente à prevenção e repressão do delito.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena. (HC 323.049/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 05/10/2015) - grifei.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, **mas concedo a ordem de ofício**, para, ratificando a liminar deferida, fixar o regime inicial semiaberto.

É o voto.

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0179528-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 299.635 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00298231520138260050 20022013 20140000143557 298231520138260050 6692013

EM MESA

JULGADO: 27/10/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO JOSÉ GISI**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUAN CAMPOS BOLDRINI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DOUGLAS NETREBA FAUCON JUNIOR (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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 Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.