



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 383.503 - SP (2016/0334105-9)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PATRICIA VALENTIM VILLELA CARVALHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOILSON TEIXEIRA DOS SANTOS

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DE REGIME FECHADO NA SENTENÇA. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. ALEGAÇÃO DE **REFORMATIO IN PEJUS** EM RAZÃO DA INOVAÇÃO DE FUNDAMENTO PARA MANUTENÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ALTERAÇÃO DA SITUAÇÃO DO RÉU. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

O efeito devolutivo do recurso de apelação interposto exclusivamente pela defesa autoriza o Tribunal local a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, sendo possível, como no caso, nova ponderação das circunstâncias que conduzam à manutenção do regime mais gravoso fixado na sentença sem que se incorra em indevida **reformatio in pejus**, desde que a situação final do réu não seja agravada (**precedentes**).

Habeas corpus não conhecido.

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.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília (DF), 20 de abril de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 383.503 - SP (2016/0334105-9)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, impetrado em benefício de JOILSON TEIXEIRA DOS SANTOS contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/06.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao recurso para apenas para deferir os pleitos de intimação pessoal da Defensoria Pública e contagem em dobro dos prazos processuais, nos termos de v. acórdão assim ementado:

"Tráfico de entorpecentes Agente que traz consigo substância estupefaciente Desnecessidade de flagrância na prática de oferta gratuita ou de venda Pretendida desclassificação para porte de entorpecentes (art. 28 da Lei n. 11.343/06) Descabimento Para a realização do tipo penal previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/06, não se exige estado de flagrância na prática de qualquer ato indicativo de oferta gratuita ou de venda da substância entorpecente, uma vez constar dentre os núcleos verbais ali relacionados aquele de "trazer consigo". Provado o dolo genérico de traficar, tipificado no art. 33 da Lei n. 11.343/06, não cabe a desclassificação para o art. 28 da Lei n. 11.343/06, se for observado que as demais circunstâncias que cercaram a prisão do acusado dão conta da caracterização do tráfico de entorpecentes.

Cálculo da Pena Tráfico de entorpecentes Agente reincidente Inaplicabilidade da redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 O fato de o agente ser reincidente afasta a possibilidade de incidência da redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, em razão de expressa vedação legal neste sentido, uma vez que, dentre os requisitos previstos para referido benefício, consta a primariedade do agente.

Pena - Regime inicial - Tráfico de entorpecentes - Imposição legal do sistema fechado para início do cumprimento de pena Não subsistência do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 Entendimento da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal Fixação que continua a ser regida pelos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

parâmetros objetivos e subjetivos contidos nos artigos 33, § 3º e 59, do CP. O entendimento predominante nos Tribunais tem sido no sentido de que, em se cuidando de tráfico de entorpecentes, não mais subsiste a vedação legal (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90) à fixação de regime inicial para cumprimento de pena privativa de liberdade diverso do fechado. O entendimento lastra-se no fato do Senado Federal ter editado a Resolução n. 5/2012, pela qual cessou a executoriedade da proibição da conversão da pena de prisão imposta em mera restrição de direitos. Se não mais existe óbice à referida conversão, com muito mais razão não se poderia subtrair do Magistrado a ampla liberdade na fixação do regime inicial para cumprimento de pena. O regime inicial para cumprimento de pena continua, todavia, sendo fixado consoante os parâmetros enumerados no art. 59 do CP, ao qual faz remissão o art. 33, § 3º, do CP, de modo que, para ser adotado de regime de pena mais brando o sentenciado deverá preencher não apenas os requisitos objetivos, mas também aqueles de natureza subjetiva.

Cálculo da Pena Tráfico de entorpecentes Imposição de privação de liberdade superior a quatro anos Reincidência do acusado Inaplicabilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos por não atendimento ao requisito contido nos incisos I e II, do art. 44, do CP Na hipótese de ter sido imposta privação de liberdade superior a quatro anos e de tratar-se de réu reincidente, não se concebe sua conversão em pena restritiva de direitos, uma vez não ter sido atendido o quanto previsto nos incisos I e II, do art. 44, do CP.

Pena Detração Cômputo do tempo de prisão provisória para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade Art. 387, § 2º, do CPP, com a redação dada pela Lei n. 12.736/12 Fixação a ser efetuada ponderando-se conjuntamente o quantum da pena aplicada com as condições subjetivas previstas nos arts. 33, § 3º e 59 do CP Entendimento O merecimento do reeducando integra necessariamente os requisitos para sua promoção de regime, sendo vital à individualização da pena que a promoção não se dê de modo automático, como sugeriria uma interpretação desavisada e superficial da redação do § 2º, do art. 387, do CPP, após a reforma de 2012, mesmo porque tal depende do preenchimento de requisitos tanto objetivos quanto subjetivos. Deve-se ressaltar que a lei a ser utilizada por ocasião da fixação do regime inicial é o CP e não o CPP. Na medida em que a reforma empreendida pela Lei n. 12.736/2012 não revogou o art. 33, § 3º, do CP, a fixação de regime inicial deve ainda considerar obrigatoriamente se foram ou não preenchidas as condições subjetivas, previstas no art. 59 do mesmo estatuto penal.

A posterior progressão de regime vem, ademais, necessariamente regida pela Lei de Execução Penal que, em razão de sua especialidade, tem preponderância sobre as demais, de natureza diversa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Para que seja efetuada aludida progressão, destaque-se, faz-se necessário que sejam sopesados os respectivos requisitos pelo Juiz natural da causa, que é o Magistrado das Execuções Penais, e não o prolator da sentença" (fls. 20-21).

No presente **writ**, a impetrante alega, em síntese, que haveria evidente constrangimento ilegal na manutenção do regime fechado estabelecido ao paciente, uma vez que o Tribunal de origem, em recurso exclusivo da defesa, acrescentou "*fundamentação baseada no caso concreto para impor tal regime*" (fl. 2).

Nesse sentido, afirma que "*é nítido o constrangimento ilegal que o paciente está sofrendo, eis que houve no caso ora em análise reformatio in pejus, o que é vedado pelo ordenamento*" (fl. 3).

Requer, ao final, a concessão da ordem para que seja fixado regime menos gravoso.

Pedido liminar **indeferido** às fls. 35-36.

Informações prestadas às fls. 43-71.

O d. representante do Ministério Público Federal, às fls. 77-82, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ** ou, caso conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 383.503 - SP (2016/0334105-9)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DE REGIME FECHADO NA SENTENÇA. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. ALEGAÇÃO DE **REFORMATIO IN PEJUS** EM RAZÃO DA INOVAÇÃO DE FUNDAMENTO PARA MANUTENÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ALTERAÇÃO DA SITUAÇÃO DO RÉU. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

O efeito devolutivo do recurso de apelação interposto exclusivamente pela defesa autoriza o Tribunal local a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, sendo possível, como no caso, nova ponderação das circunstâncias que conduzam à manutenção do regime mais gravoso fixado na sentença sem que se incorra em indevida **reformatio in pejus**, desde que a situação final do réu não seja agravada (**precedentes**).

Habeas corpus não conhecido.

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 de ofício.

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

Ao estabelecer o regime fechado para o início do cumprimento da pena, assim registrou a r. sentença:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"O cumprimento da pena deve ser feito inicialmente no regime FECHADO, o que aqui é imposto por determinação legal (artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, modificada pela Lei nº 11.464/07)" (fl. 17).

O Tribunal de origem, por sua vez, para manter o regime mais gravoso, assim considerou:

"O regime prisional para início do cumprimento de pena deve ser, por fim, mantido no sistema fechado, em razão de ser este o mais adequado ao caso concreto.

Observe-se que, até passado ainda recente, era pacífico que estabelecer-se regime inicial diverso do fechado feriria mandamento legal expresso, dada a natureza hedionda do tráfico de entorpecentes (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90).

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, todavia, reconheceu, incidentalmente, no julgamento do Habeas Corpus n. 97.256/RS, ocorrido em 16 de dezembro de 2010, a inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, contida no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06.

O eminente Ministro Relator, Ayres Brito, ponderou que as demais penas, além daquela que estabelece a privação de liberdade

[...]

A questão é, sem dúvida, polêmica, mesmo porque o simples fato de Convenção Internacional permitir que os Estados signatários estabeleçam penas alternativas ao tráfico de entorpecentes de menor potencial ofensivo, não implica automaticamente na invalidade de opção legislativa diversa.

Não cabe, contudo, no presente processo, adentrar no mérito quanto ao acerto ou não do entendimento do colendo STF, mesmo porque o próprio poder Legislativo optou por seguir o caminho da cessação da executoriedade da vedação.

No caso ora em apreço, o ora apelante simplesmente não preenche os requisitos que permitiriam, quer a incidência de referida conversão, quer a escolha de regime mais benéfico que o fechado para início do cumprimento da pena.

O recorrente não faz efetivamente jus à fixação do regime inicial diverso do fechado, em razão do quanto disposto no art. 33, §§ 2º, “b”, e 3º, do CP, tendo em vista o fato de a pena privativa de liberdade ter natureza de reclusão, associado à sua reincidência” (fls. 27-29 - grifei).

Pois bem. Inicialmente, deve-se asseverar que a jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que o efeito devolutivo do recurso de apelação interposto exclusivamente pela defesa autoriza o Tribunal local a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, sendo possível, como no caso, nova ponderação das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias que conduzam à manutenção do regime mais gravoso fixado na sentença sem que se incorra em indevida **reformatio in pejus**, desde que a situação final do réu não seja agravada.

Cito, oportunamente, os seguintes precedentes desta Corte Superior que corroboram tal entendimento:

"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. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS. INCABÍVEL. INOVAÇÃO NOS FUNDAMENTOS PELA CORTE DE ORIGEM EM RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. POSSIBILIDADE. PROFUNDIDADE DO EFEITO DEVOLUTIVO. NÃO OCORRÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA APREENDIDA. MODO FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

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. Concluído pelas instâncias antecedentes, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e no registro de outras condenações não definitivas, que o paciente se dedica a atividades criminosas, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.

4. A existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem afastar a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitirem concluir que o agente se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa.

5. O princípio do non reformatio in pejus não obsta que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal de origem, exercendo sua soberania para dizer o direito, encontre nova fundamentação para manter afastada a causa de diminuição de pena 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.

6. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas. 7. Embora o paciente seja tecnicamente primário e a pena aplicada seja de 6 anos de reclusão, revela-se adequado o regime inicial fechado para o cumprimento da pena reclusiva, diante da quantidade, da natureza e da variedade de droga apreendida (8 porções de maconha, pesando 2,900 kg e 8 porções de cocaína, pesando 16g), conforme assentado no acórdão impugnado (art. 33, § 3º, do Código Penal c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

8. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 386.940/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 23/3/2017).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. REGIME SEMIABERTO. RAZOABILIDADE. POSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. **Pelo princípio da non reformatio in pejus, o recorrente tem o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente, quando se tratar de recurso exclusivo. Ressalvado meu entendimento pessoal sobre a matéria, em julgados recentes, a Sexta Turma tem decidido no sentido de que não fere o princípio em comento a adoção pelo Tribunal de motivação própria sobre as questões jurídicas ampla e contraditoriamente debatidas no juízo a quo, não se tratando de inovação indevida, desde que não agravada a situação do réu.**

3. Esta Corte, 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 e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

4. Não obstante a reprimenda final da paciente seja inferior a 4 anos, é inviável a fixação do regime inicial aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direitos, diante da quantidade, a natureza e a diversidade das substâncias entorpecentes apreendidas (art. 42 da Lei n.º 11.343/06). Razoável, entretanto, a imposição do regime inicial intermediário.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta aos pacientes na Ação Penal n.º 0001436-63.2014.8.26.0564" (HC n. 355.267/SP, **Sexta Turma**, Rel.^a Min.^a **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 1º/8/2016).

"PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE REVISÃO CRIMINAL. DESCABIMENTO. CORRUPÇÃO PASSIVA. DESCLASSIFICAÇÃO DELITIVA NO SEGUNDO GRAU. DOSIMETRIA. NOVA PENA. REDUÇÃO. PERCENTUAL DE AUMENTO. EXASPERAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO DO APELO. PRINCÍPIO DA NON REFORMATIO IN PEJUS. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

[...]

2. O reexame da dosimetria da pena em sede de mandamus somente é possível quando evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, errônea aplicação do método trifásico ou violação a literal dispositivo de norma que acarrete flagrante ilegalidade. Precedentes.

3. Admite-se a emandatio libelli na segunda instância, desde que a correção da capitulação jurídica do fato não redunde em agravamento da pena imposta ao sentenciado.

4. O efeito devolutivo amplo da apelação autoriza o Tribunal a quo, ainda que em recurso exclusivo da defesa, a proceder à revisão das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, a fim de reestruturar a pena-base, não havendo que se falar em reformatio in pejus se a situação do sentenciado não foi agravada.

5. Caso em que a desclassificação para o delito de corrupção passiva impôs ao paciente pena menor do que a aplicada na sentença por concussão - alterando-a de 3 anos para 2 anos e 6 meses -, embora a Corte estadual, mediante a valoração das circunstâncias judiciais, tenha dosado a nova sanção em percentual maior do que aquele definido pelo sentenciante para o crime desclassificado, postura que, sem denotar arbitrariedade ou desproporcionalidade, não macula a vedação da reforma em prejuízo.

6. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 279.080/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Gurgel de Faria**, DJe de 3/2/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na hipótese, o eg. Tribunal de origem fundamentou a necessidade de fixação do regime mais gravoso em função da reincidência do paciente, sem, contudo, agravar a situação do sentenciado, em procedimento que se encontra em conformidade com o entendimento desta Corte acerca do tema.

Assim sendo, e considerando as diretrizes traçadas pelo art. 33, §2º, alínea "b", do Código Penal, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem, ainda que de ofício.

Ante o exposto, **não conheço do habeas corpus**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0334105-9

HC 383.503 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00029148520158260495 20160000638488 29148520158260495

EM MESA

JULGADO: 20/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PATRICIA VALENTIM VILLELA CARVALHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOILSON TEIXEIRA DOS SANTOS

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."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.