



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 299.327 - SP (2014/0175065-0)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DÉBORA REZENDE DANTAS MOTTA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS ROBERTO AUGUSTO

EMENTA

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. CUMPRIMENTO DA PENA. REGIME INICIAL MAIS RIGOROSO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA. § 1º DO ART. 2º DA LEI N. 8.072/90. VEDAÇÃO. *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO. INDIVIDUALIZAÇÃO DO REGIME.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.
2. Em se tratando de réu primário e fixada a pena-base no mínimo legal, é vedada a fixação de regime inicial de cumprimento da pena mais rigoroso do que o pertinente à pena aplicada, a tanto não servido o inconstitucional § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 ou a gravidade abstrata do delito.
3. A vedação genérica e apriorística de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nas condenações por crime hediondos ou equiparados, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes, restou superada em face da declaração de inconstitucionalidade do art. 44 da Lei n. 11.343/2006.
4. *Habeas corpus* não conhecido, ordem concedida de ofício, para que o juízo das execuções proceda à fixação do regime inicial de cumprimento de pena com observância das regras do art. 33 do CP, bem como verifique, concretamente, o cabimento das penas alternativas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 23 de setembro de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 299.327 - SP (2014/0175065-0)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DÉBORA REZENDE DANTAS MOTTA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS ROBERTO AUGUSTO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, em favor de Carlos Roberto Augusto, apontando como autoridade coatora Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP que, em sede de apelação, manteve a sentença, que fixou regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão.

Sustenta manifesto constrangimento ilegal ante a fixação de regime inicial mais gravoso que pena aplicada, justificado na gravidade em abstrato do delito. Aduz, ainda, que o paciente preenche os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Deferida a liminar e prestadas as informações, foi o parecer Ministerial pelo não conhecimento do *habeas corpus*, mas pela concessão de ofício da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 299.327 - SP (2014/0175065-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, PRIMEIRA TURMA DJe de 06/09/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

O acórdão do TJSP, relativamente aos tópicos objurgados, restou assim fundamentado:

“[...]”

O regime prisional inicial fechado é compatível com a grave natureza do crime, equiparado a hediondo, e o único adequado à espécie. Por identidade de razões, revela-se inviável, no caso, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

*Diante do exposto, **nega-se provimento ao recurso.**” (fl. 45)
(negrito no original)*

Ocorre que o § 3º do art. 33 do CP, claramente estabelece que a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código. Ou seja, exige-se uma vinculação concreta para a fixação de regime inicial mais gravoso do que a pena aplicada permitiria. Nesse sentido é o entendimento sumulado pelo Superior Tribunal Federal – STF, bem como por esta Corte Superior, confira-se:

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. (Súmula n. 440 do STJ)

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. (Súmula 718 do STF)

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea. (Súmula 719 do STF)

De outro lado, no tocante às penas alternativas, embora o art. 44 da Lei n. 11.343/2006 vede substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ele foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

declarado inconstitucional, no ponto, quanto ao julgamento do HC n. 97.256 (Pleno - Rel. Min. Carlos Ayres Britto - DJe 16/12/2010), tendo inclusive esse entendimento sido reafirmado pelo Min. Luiz Fux no ARE n. 663261/SP ao submeter a repercussão geral da matéria (Tema 626 de Repercussão Geral do STF).

Assim, restou superada a vedação genérica e apriorística de substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, nas condenações por crime hediondos ou equiparados, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes.

Ante o exposto, voto por não conhecer do *habeas corpus*, mas, de ofício, concedo a ordem apenas para que o juízo da execução (pois já transitado em julgado a ação penal de origem) proceda à fixação do regime inicial de cumprimento da pena com observância das regras do art. 33 do CP, bem como à verificação do cabimento das penas alternativas, excluída a vedação genérica do art. 44 da Lei de Drogas.

Comunique-se, com urgência, ao juízo da execução, com cópia do presente acórdão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0175065-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 299.327 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00691904620138260050 108 13562013 20140000301763 691904620138260050

EM MESA

JULGADO: 23/09/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DÉBORA REZENDE DANTAS MOTTA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS ROBERTO AUGUSTO

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

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 pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.