



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 390.247 - SP (2017/0043161-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : HUGO CRIVILIM AGUDO E OUTRO
ADVOGADO : HUGO CRIVILIM AGUDO E OUTRO(S) - SP358091
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JONATHAN LIMA DE FACCIO

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA E PRISÃO PREVENTIVA. INSTITUTOS DISTINTOS. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. *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. A execução provisória da pena não se confunde com a prisão preventiva. Esta possui natureza cautelar e dever ser decretada quando presentes os requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP e aquela decorre da condenação confirmada em segundo grau e ainda não transitada em julgado.

3. Após o julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP (STF, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/2/2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que "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". Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ.

4. O Supremo Tribunal Federal também reconheceu a repercussão geral do tema (ARE 964.246/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI) e, em 11/11/2016, decidiu, em Plenário Virtual, pela reafirmação de sua jurisprudência externada no mencionado HC 126.292/SP.

5. A Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento da Rcl 30.193/SP, firmou entendimento de que, com a nova orientação da Suprema Corte, nos autos do HC 126.292/SP, "a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena".

6. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às regras estabelecidas no art. 33 do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

7. Estabelecida a pena em 2 anos e 6 meses de reclusão, embora o paciente seja primário, o modo semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave, segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o adequado e suficiente ao cumprimento da pena privativa de liberdade, tendo em vista a natureza e a quantidade de entorpecentes apreendidos (46,72 gramas de *crack*), nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do CP, c.c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

8. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra suficiente, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo, uma vez que desfavoráveis as circunstâncias do delito (art. 44, III, do CP), em razão, especificamente, da quantidade e da natureza da droga apreendida (46,72 gramas de *crack*). Precedentes.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de estabelecer o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta.

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

Brasília (DF), 09 de maio de 2017(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 390.247 - SP (2017/0043161-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : HUGO CRIVILIM AGUDO E OUTRO
ADVOGADO : HUGO CRIVILIM AGUDO E OUTRO(S) - SP358091
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JONATHAN LIMA DE FACCIO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **JONATHAN LIMA DE FACCIO** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o Juízo do primeiro grau (Ação Penal n. 0001652-08.2016.8.26.0482) condenou o paciente à pena de 2 anos e 11 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 291 dias-multa, por incurso nos art. 33, *caput* e § 4º, e 40, VI, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ, fl. 798).

O Tribunal de origem, por unanimidade, negou provimento à apelação interposta pela defesa (Apelação n. 0001652-08.2016.8.26.0482), mantendo, assim, a sentença proferida pelo Juízo do primeiro grau, e determinando a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente, a fim de dar início à execução provisória da pena.

Neste *writ*, os impetrantes sustentam que: a) "o Paciente respondeu ao presente processo em liberdade e, também, não estão presentes os pressupostos autorizadores da prisão preventiva (art. 312 do CPP)" (e-STJ, fl. 3), de modo que "o Paciente não preenche os requisitos ensejadores da necessidade de Prisão Preventiva" (e-STJ, fl. 4); e b) existe ofensa ao "Princípio da Presunção de Inocência" (e-STJ, fl. 3).

Ademais, alegam que: c) "há incompatibilidade entre a pena imposta (02 anos e 11 meses de reclusão) e o regime inicial de prisão fechado" (e-STJ, fl. 4); d) o paciente, "diante de sua PRIMARIEDADE, terá direito à redução de eventual pena restritiva de liberdade, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, tendo direito à fixação de regime aberto e à substituição da pena corporal por restritiva de direitos, não sendo razoável, pois, seu aprisionamento" (e-STJ, fl. 4); e e) a pena imposta ao paciente poderá ser cumprida "em regime aberto, observando o disposto no art. 33, § 2º, item "c" do Código Penal Brasileiro, não sendo razoável, portanto, a expedição de mandado de prisão em desfavor dele" (e-STJ, fl. 4).

Requerem, assim, a suspensão da expedição de mandado de prisão determinada pelo Tribunal de origem, para que o paciente aguarde em liberdade o julgamento do recurso especial interposto, ou seja, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (e-STJ, fl. 5).

O pedido de medida liminar foi indeferido (e-STJ, fl. 1.018).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 1.027-1.061 e 1.063-1.125).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 1.129-1.131).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 390.247 - SP (2017/0043161-3)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : HUGO CRIVILIM AGUDO E OUTRO
ADVOGADO : HUGO CRIVILIM AGUDO E OUTRO(S) - SP358091
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JONATHAN LIMA DE FACCIO

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA E PRISÃO PREVENTIVA. INSTITUTOS DISTINTOS. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. *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. A execução provisória da pena não se confunde com a prisão preventiva. Esta possui natureza cautelar e dever ser decretada quando presentes os requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP e aquela decorre da condenação confirmada em segundo grau e ainda não transitada em julgado.

3. Após o julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP (STF, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/2/2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que "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". Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ.

4. O Supremo Tribunal Federal também reconheceu a repercussão geral do tema (ARE 964.246/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI) e, em 11/11/2016, decidiu, em Plenário Virtual, pela reafirmação de sua jurisprudência externada no mencionado HC 126.292/SP.

5. A Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento da Rcl 30.193/SP, firmou entendimento de que, com a nova orientação da Suprema Corte, nos autos do HC 126.292/SP, "a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena".

6. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

7. Estabelecida a pena em 2 anos e 6 meses de reclusão, embora o paciente seja primário, o modo semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave, segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o adequado e suficiente ao cumprimento da pena privativa de liberdade, tendo em vista a natureza e a quantidade de entorpecentes apreendidos (46,72 gramas de *crack*), nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do CP, c.c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

8. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra suficiente, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo, uma vez que desfavoráveis as circunstâncias do delito (art. 44, III, do CP), em razão, especificamente, da quantidade e da natureza da droga apreendida (46,72 gramas de *crack*). Precedentes.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de estabelecer o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta.

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.

Nesse contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa a fim de verificar eventual constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem, de ofício.

Cumpre ressaltar, inicialmente, que a execução provisória da pena não se confunde com a prisão preventiva. Esta possui natureza cautelar e dever ser decretada quando presentes os requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP e aquela decorre da condenação confirmada em segundo grau e ainda não transitada em julgado.

Após o julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP (STF, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/02/2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que "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". Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ.

Sobre o tema, confirmam-se:

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADMISSIBILIDADE. MÉRITO. ROUBO QUALIFICADO. PACIENTE CONDENADO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, GARANTIDO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. SENTENÇA CONFIRMADA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

[...]

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência (HC n. 126.292, julgado no dia 17 de fevereiro de 2016).

3. No particular, como a sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal de origem e porquanto encerrada a jurisdição das instâncias ordinárias (bem como a análise dos fatos e provas que assentaram a culpa do condenado), é possível dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, sem que isso importe em violação do princípio constitucional da presunção de inocência. Ademais, a sentença assegurou ao paciente o direito de recorrer em liberdade, o que representa a prerrogativa de apelar em liberdade, como ocorreu, tendo em vista que os recursos especial e extraordinário não são dotados, regra geral, de efeito suspensivo.

4. *Habeas Corpus* não conhecido. Cassada, de ofício, a liminar outrora deferida em benefício do paciente e recomendada a análise da detração penal."

(HC 350.518/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 24/05/2016)

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA PELO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA. NOVO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126292. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

1. Não se constata ilegalidade no decreto de prisão quando proferido em acórdão condenatório em sede de apelação criminal nos termos da nova orientação da Sexta Turma ao apreciar o HC 352.845/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 03/05/2016, adotando recente orientação, fixada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (HC 126.292/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, de 17/2/2016, DJe 17/5/2016), segundo o qual, a execução provisória da condenação penal, na ausência de recursos com efeito suspensivo, não viola ao constitucional princípio da presunção de inocência.

2. *Habeas corpus* denegado."

(HC 354.470/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 16/06/2016)

Acrescente-se que o Supremo Tribunal Federal também reconheceu a repercussão geral do tema (ARE 964.246/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI) e, em 11.11.2016, decidiu, em Plenário Virtual, pela reafirmação de sua jurisprudência externada no mencionado HC 126.292/SP.

Outrossim, a Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento da Rcl 30.193/SP, firmou entendimento de que, com a nova orientação da Suprema Corte, nos autos do HC 126.292/SP, "a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena". O referido julgado recebeu a seguinte ementa:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECLAMAÇÃO. DECISÃO DE MAGISTRADO DE 1º GRAU QUE DETERMINOU A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. SUPOSTO DESCUMPRIMENTO DE *HABEAS CORPUS* DESTA CORTE QUE GARANTIRA AO RÉU O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE E QUE TRANSITOU EM JULGADO. SUPERVENIENTE MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA (HC 126292/SP). INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À COISA JULGADA. RECLAMAÇÃO IMPROCEDENTE.

1. Não existe descumprimento de acórdão desta Corte, nem tampouco ofensa à coisa julgada, se a ordem concedida em *Habeas Corpus*, autorizando ao réu recorrer em liberdade, teve por fundamento o fato de que o Tribunal de Justiça, em recurso exclusivo da defesa, efetuará uma *reformatio in pejus*, agravando a situação do réu, ao determinar a prisão preventiva do réu, em decisão desfundamentada, enquanto que a decisão apontada como coatora, do julgador de 1º grau, determinou a execução provisória da pena, com amparo no novo e superveniente entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

2. A execução provisória da pena não se confunde com o instituto da prisão

cautelar. A primeira não ocorre com simples mandado de prisão. Exige-se, no mínimo, a expedição de Guia de Recolhimento para cumprimento da pena privativa de liberdade, a ser efetivada pelo Juízo da Execução Penal, consoante se depreende da Resolução n. 113/2010, com a redação dada pela Resolução n. 180/2013, do Conselho Nacional de Justiça.

3. Ao apreciar o *Habeas Corpus* n. 126292/SP, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, revendo sua posição anterior, passou a entender que o início da execução da pena condenatória, após a confirmação da sentença em segundo grau, não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência, dado que a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena.

4. Reclamação improcedente." (Rcl 30.193/SP, rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado em 11/5/2016)

Em relação à dosimetria, observa-se que o Juízo de primeiro grau, além de não permitir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, fixou o regime inicial fechado, nos seguintes termos:

"Passo a dosar a pena dos réus Weverton, Felipe, Guilherme e Jonathan.

Fixo a pena base no limite mínimo legal, em 05 anos de reclusão.

Não incide nenhuma circunstância agravante. Não incide nenhuma circunstância atenuante aos denunciados Felipe, Guilherme e Jonathan. Incide a circunstância atenuante ao acusado Weverton. Todavia, a pena não pode ser reduzida abaixo do patamar mínimo legal (Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça = A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal).

Incide a causa de aumento da pena em 1\6 (um sexto) pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

envolvimento dos adolescentes Kauã e Pedro, razão pela qual elevo a pena para 05 anos e 10 meses de reclusão. Incide a causa de diminuição da pena em $1/2$ (metade) por força do disposto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, razão pela qual reduzo a pena para 02 anos e 11 meses de reclusão.

Observada a dosimetria supra, fixo a pena de multa abaixo do limite mínimo legal (500 dias-multa + $1/6$ $1/2$) em 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa, sendo cada dia-multa arbitrado em $1/30$ (um trigésimo) do salário mínimo vigente na data do evento ou 28.01.2016.

A quantidade da pena privativa de liberdade impede a sua substituição para a pena de multa ou uma pena restritiva de direitos, bem como a concessão da suspensão condicional da pena.

Também é incabível a substituição da pena privativa de liberdade em duas penas restritivas de direitos e a fixação dos regimes iniciais aberto ou semiaberto.

Estabelece o art. 44, III, do Código Penal, que:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente (negritei).

É que o tráfico envolve pessoas que disseminam um vício nefasto, movidas pela cobiça e pelo enriquecimento ilícito.

Os cidadãos honestos, muitas vezes mal remunerados, se deparam com traficantes auferindo rendimentos ilícitos, mas sedutores, e ficam pasmados que possam responder acusações graves em plena liberdade.

Embora ocioso, rememore-se que o tráfico sempre traz consequências deletérias para a sociedade forjando viciados e ensejando inversão de valores, senão fortalecendo e encorajando a prática de outros crimes para o sustento do vício.

Como foi decidido:

No que diz respeito a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, apesar da recente Resolução nº 5 editada pelo Senado Federal, através da qual ficou suspensa a expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' presente no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, a mesma não seria possível no presente diante das circunstâncias do caso concreto, pois não se mostra medida suficiente e adequada.

Os efeitos nocivos do crime de tráfico de drogas, que acarretam profundas feridas na sociedade atual, revelam a postura indiferente adotada pelo agente com relação à saúde pública, o bem estar social, e as nefastas consequências de seus atos. O que vai de encontro com o requisito previsto pelo inciso III, do artigo 44, do Código Penal, qual seja, 'os motivos e circunstâncias do crime indicarem que essa substituição seja suficiente'.

A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não é cabível na espécie, uma vez que seria insuficiente à prevenção e repressão do ilícito penal (art. 44, III do Código Penal).

Os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal são



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumulativos, devendo estar integralmente presentes para que seja concedida a substituição.

Dessa forma, ante a não observância dos requisitos cumulativos dispostos no art. 44 do Código Penal, a substituição da pena é inadmissível.

[...]

Ademais, o crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins é equiparado aos crimes hediondos, nos exatos termos do art. 2º, caput, da Lei nº 8.072/90, e obriga o cumprimento inicial da pena em regime fechado (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007).

Dessa maneira, incabíveis o regime inicial aberto ou regime inicial semiaberto.

Por fim, a própria gravidade do crime traz ínsita a necessidade da manutenção da prisão cautelar para garantia da ordem pública, conforme acima asseverado.

Isto posto, julgo parcialmente procedente a denúncia para:

[...]

b) absolver os réus Weverton Carlos de Souza Pena (RG\48.106.740-1 e RG\71.602.308-8, filho de Carlos de Moura Pena e Joana Ventura de Souza Pena), Jonathan Lima de Faccio (RG\48.215.499 e RG\71.215.806, filho de Ângelo de Faccio Júnior e Silvana Lima de Faccio), Guilherme dos Santos Cardoso (RG\45.796.153-3, filho de Valdecir Cardoso e Eliete Ferreira dos Santos Cardoso) e Felipe Oliveira dos Santos (RG\42.079.816-X, filho de Genézio Manoel dos Santos e Nilceia Oliveira dos Santos) da acusação de terem violado o disposto no art. 35, caput, da Lei nº 11.343/2006, por não existir prova suficiente para a condenação, nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal; e condená-los como incurso nos arts. 33, caput, § 4º, c.c. 40, VI, ambos da Lei nº 11.343/2006, c.c. art. 29, caput, do Código Penal, a pena de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, a ser cumprida em regime fechado (primário), e a pena de multa no valor equivalente a 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa, sendo cada dia-multa arbi trado em 1\30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na data do evento ou 28.01.2016" (e-STJ, fls. 793-798).

No mesmo sentido, asseverou o Tribunal de origem:

"[...] a quantidade de entorpecente (no total, 46,72 gramas de 'crack') e, especialmente, a maneira como se deu a apreensão não deixam dúvida quanto à prática de tráfico ilícito de entorpecentes, não sendo possível, portanto, a desclassificação da conduta para uso de drogas.

Acrescente-se que a condição de usuário não exclui, por si só, a prática do delito aqui tratado.

Por outro lado, a causa de aumento do inciso VI do artigo 40 da Lei n. 11.343/06 restou bem caracterizada, já que o apelante e corréus envolveram dois adolescentes na prática do comércio espúrio.

As penas foram dosadas com critério, fixadas no mínimo legal, bem reconhecida e dosada a causa de aumento. A fração diminuída pelo redutor do § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06 restou bem dosada, considerando-se não só a quantidade de entorpecente apreendida, mas a maneira como se deram os fatos. Outrossim, havia várias pessoas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

envolvidas na confecção de porções de droga, o que merece maior rigidez na aplicação das penas.

Quanto à substituição da pena corporal por restritiva de direitos, muito embora, em tese, possível, esta Câmara tem como regra a incompatibilidade da benesse ao condenado por tráfico de drogas, não em função de impeditivo legal, mas pela periculosidade social presumida, incompatibilizando o autor do crime com atividades comunitárias ou assistenciais, na medida em que o recoloca em contato direto com grupo suscetível ao seu assédio.

Trata-se de contexto que retrata a personalidade do agente, e inclusive de desprezo pela vida alheia e pela sociedade, pois se envolveu na prática de delito que fomenta a multiplicação da delinquência, uma vez que, não raro, usuários e/ou dependentes químicos recorrem ao submundo do crime para angariar recursos para sustento do vício.

Ora, o artigo 44 do Código Penal, em seu inciso III, expõe elementos a serem considerados quando da substituição da pena corporal por restritiva de direitos, consignando ao final a necessidade de que a substituição seja 'suficiente', o que não se vislumbra, repita-se, neste feito.

Desde já, ressalte-se que não se trata de decisão contrária à do Supremo Tribunal Federal, mas sim de resultado da análise acerca do cabimento ou não da substituição prevista no citado artigo 44, a qual, no caso em comento, é incompatível, pelos motivos expostos.

Por outro lado, por se tratar de pessoa envolvida com número expressivo de agentes, inclusive adolescentes, revelando estar engajado no mundo do crime, necessário o encarceramento inicial em regime prisional mais severo.

Nessa conformidade, nega-se provimento ao apelo.

Expeça-se mandado de prisão em desfavor de Jonathan Lima de Faccio" (e-STJ, fls. 1.006-1.008)

Quanto ao regime prisional, melhor sorte assiste aos impetrantes.

A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e 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 condenado 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.

Consigne-se, ainda, que, conforme entendimento cristalizado nas Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF, a fixação de regime mais gravoso, segundo o *quantum* legalmente previsto para a sanção imposta, exige fundamentação idônea e amparada em elementos concretos extraídos dos autos.

Na espécie, o regime inicial fechado foi imposto com base em considerações genéricas acerca da gravidade abstrata e da natureza hedionda do delito, o que não constituem elementos válidos para a definição do modo mais rigoroso de cumprimento de pena, segundo reiterada jurisprudência desta Corte (HC 327.726/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2015, DJe 16/12/2015; e HC 329.872/SP, Rel.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro ERICSON MARANHÃO, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 17/12/2015).

Assim, fixada a pena definitiva em 2 anos e 11 meses de reclusão, embora o paciente seja primário, o modo semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave, segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o adequado e suficiente ao cumprimento da pena privativa de liberdade, tendo em vista a natureza e a quantidade de entorpecentes apreendidos (46,72 gramas de *crack*), nos termos dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59, ambos do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. LEI DE DROGAS. QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DA DROGA INDICAM NECESSIDADE DE UMA MAIOR REPREENSÃO. REGIME FECHADO. DESPROPORCIONALIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME SEMIABERTO. RAZOABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A quantidade, a diversidade e a natureza das drogas apreendidas justificam a imposição de regime mais gravoso e a negativa de conversão da reprimenda privativa de liberdade em restritiva de direitos.

2. No caso, a quantidade, a natureza e a diversidade dos entorpecentes justificam a imposição do regime intermediário, tendo em vista que o paciente é primário e a reprimenda foi fixada em patamar inferior à quatro anos de reclusão.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1652696/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 30/03/2017, DJe 07/04/2017).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADA À PENA CORPORAL DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA QUE JUSTIFICA A FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA (1/2) UTILIZADA. REGIME SEMIABERTO ADEQUADO TAMBÉM PELA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA, QUE DEMONSTRA A GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

- 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.

- As referências feitas à hediondez do delito devem ser afastadas como fundamento utilizado para o estabelecimento do regime mais gravoso pelas instâncias ordinárias.

- O regime semiaberto, mais gravoso do que a pena de 2 anos e 6 meses de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão comporta, deve ser mantido ante a gravidade concreta do delito, evidenciada pela considerável quantidade da droga apreendida com a paciente - 43 tijolos de maconha, pesando 129g -, elemento que recomenda o regime mais gravoso para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

- *Habeas corpus* não conhecido. (HC 279.016/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016).

No que tange à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, vale lembrar que a Suprema Corte, na análise do HC 97.256/RS, também reconheceu a inconstitucionalidade das expressões contidas no art. 44 e no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" e "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", que foram inclusive suprimidas do texto legal por meio da edição da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal.

Desse modo, não há qualquer óbice à concessão da permuta legal aos sentenciados pelo delito de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal.

Na hipótese, mostra-se incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, diante da falta do atendimento do pressuposto subjetivo, uma vez que desfavoráveis as circunstâncias do delito (art. 44, III, do CP), em razão, especificamente, da quantidade e da natureza da droga apreendida (46,72 gramas de *crack*).

Sobre o tema, o seguinte julgado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADO A 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. BENEFÍCIO NEGADO EM VIRTUDE DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- 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.

- Para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso do que comporta a pena, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

- Nos termos do entendimento firmado por esta Corte Superior de Justiça, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais severo. Na hipótese, o acórdão recorrido fundamentou a necessidade do regime fechado com base na quantidade e na nocividade da droga apreendida (47,9g de cocaína).

- Embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos (pena de 2 anos e 6 meses de reclusão), cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, fazendo jus o paciente ao regime intermediário, qual seja, o semiaberto. Precedentes desta Corte.

- Ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, 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.

- De outro lado, nos termos do fixado pela jurisprudência desta Corte, a quantidade e a natureza da droga apreendida podem, ao lado dos demais elementos constantes do processo, interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. No caso, o acórdão recorrido, de forma fundamentada, entendeu por sua inadequação, ante o fato de que, com o paciente, foram apreendidos 47,9g de cocaína, quantidade e nocividade que não recomendam a substituição da pena corporal, consoante o disposto no art. 44, III, do CP.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto."

(HC 322.337/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 23/02/2016.)

Diante do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, a fim de fixar o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade pelo paciente.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0043161-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 390.247 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00016520820168260482 16520820168260482 20608580720168260000

EM MESA

JULGADO: 09/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: HUGO CRIVILIM AGUDO E OUTRO
ADVOGADO	: HUGO CRIVILIM AGUDO E OUTRO(S) - SP358091
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JONATHAN LIMA DE FACCIO
CORRÉU	: WEVERTON CARLOS DE SOUZA PENA
CORRÉU	: GUILHERME DOS SANTOS CARDOSO
CORRÉU	: FELIPE OLIVEIRA DOS SANTOS
CORRÉU	: JOANA VENTURA DE SOUZA

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