



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 360.149 - SP (2016/0162082-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : PAULO ROGERIO COMPIAN CARVALHO
ADVOGADO : PAULO ROGÉRIO COMPIAN CARVALHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENATO ALVES DE CARVALHO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* 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 de revisão criminal e de 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES. 3. Estabelecida a pena definitiva em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, sendo primário o agente e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, sobretudo quando considerada a pequena quantidade de entorpecente apreendido (3,67g de *crack* e 7,05g de cocaína), nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do CP.

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

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para adequar o regime ao aberto e determinar a substituição da sanção corporal por pena restritiva de direitos a serem fixadas pelo juízo competente.

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), 16 de agosto de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

* Republicado por haver saído com incorreção no DJe de 23.08.2016.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 360.149 - SP (2016/0162082-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : PAULO ROGERIO COMPIAN CARVALHO
ADVOGADO : PAULO ROGÉRIO COMPIAN CARVALHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENATO ALVES DE CARVALHO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso com pedido liminar impetrado em favor de **RENATO ALVES DE CARVALHO**, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, mais 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c.c. o § 4º, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Em grau recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo.

Neste *writ*, sustenta o impetrante constrangimento ilegal diante da fixação de regime inicial fechado com base no caráter hediondo e na gravidade abstrata do delito imputado ao paciente.

Pugna, liminarmente e no mérito, pela fixação de regime mais brando.

Liminar indeferida (e-STJ, fl. 350).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 363-450).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento e, subsidiariamente, pela sua denegação (e-STJ, fls. 457-461).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 360.149 - SP (2016/0162082-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : PAULO ROGERIO COMPIAN CARVALHO
ADVOGADO : PAULO ROGÉRIO COMPIAN CARVALHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENATO ALVES DE CARVALHO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* 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 de revisão criminal e de 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES. 3. Estabelecida a pena definitiva em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, sendo primário o agente e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, sobretudo quando considerada a pequena quantidade de entorpecente apreendido (3,67g de *crack* e 7,05g de cocaína), nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do CP.

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

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, adequar o regime ao aberto e determinar a substituição da sanção corporal por pena restritiva de direitos a serem fixadas pelo juízo competente.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo de 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

De início, para melhor deslinde da controvérsia, cumpre destacar trecho da sentença condenatória, mantida em grau recursal:

"Atento aos critérios estipulados no artigo 59 do Código Penal, favoráveis ao acusado, que não ostenta antecedentes, fixo a pena base no mínimo legal, a saber: CINCO ANOS DE RECLUSÃO e multa de QUINHENTOS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DIAS MULTA, cada qual no seu mínimo legal, em razão de sua aparente hipossuficiência. Na segunda fase, a despeito da menoridade e da confissão do réu, deixo de atenuar a pena, uma vez que assumiu parcialmente a conduta imputada (tentando burlar a aplicação da lei penal) e porque a pena já está fixada no mínimo legal, não se podendo, neste momento, romper o balizamento do tipo secundário. Não há outras atenuantes ou agravantes a considerar. Permanece a pena no mesmo patamar. Inexistem, também, causas de aumento de pena. Presente, apenas, uma causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, eis que o réu preenche os requisitos ali exigidos, diminuo a pena até agora calculada pela metade, chegando-se ao “quantum” razoável de DOIS ANOS E SEIS MESES DE RECLUSÃO e multa de DUZENTOS E CINQUENTA DIAS MULTA. A redução não pode se dar no máximo, diante da quantidade de droga apreendida (razoável quantia de cocaína, droga de elevado teor nocivo). Não se justifica, no entanto, redução mínima, dada a inexistência de qualquer outro fato objetivo ou outra notícia que o desabone o acusado. Não havendo incidência de qualquer outro instituto penal a influenciar na quantificação da reprimenda, torno DEFINITIVA A PENA DE DOIS ANOS E SEIS MESES DE RECLUSÃO e multa de DUZENTOS E CINQUENTA DIAS MULTA, cada qual em seu patamar mínimo. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois trata-se de benesse legal incompatível com o regime constitucional imposto aos crimes hediondos e demais delitos equiparados, mais gravoso e sujeito a maior gravame penal. Incabível a suspensão condicional da pena, pelos mesmos motivos e devido ao obrigatório regime inicial de cumprimento de pena, para crimes dessa natureza, bem como diante do montante fixado e da insuficiência da medida à prevenção e à repressão do crime em comento, de inegáveis abalo e prejuízo à comunidade. O regime prisional inicial é o fechado, a expresso teor legal (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 1º, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007). Com efeito, tratando-se de delito equiparado aos crimes hediondos, a legislação vigente, que deve ser prestigiada, estipula esse regime inicial obrigatório. Em que pese respeitáveis vozes em sentido contrário, tenho que tal disposição normativa não afronta a individualização das penas, na medida em que, para esse efeito legal, existem diversas fases, não apenas a judicial, de aplicação da lei ao caso concreto, mas, antes e primordialmente, a legislativa, com a previsão legal dos regimes cabíveis. Não se pode adotar, simplesmente, o critério do vetusto Código Penal, pois, tratando-se de lei ordinária, tem sua aplicação afastada com a novel legislação, especial, editada, inclusive, em atenção a comando constitucional. A Lei dos Crimes Hediondos foi editada como resposta ao elevado nível de criminalidade, punindo com maior rigor os crimes nela previstos (hediondos e equiparados, em repetição da Carta Maior), daqueles cuja sociedade mostra seu inexorável repúdio; é resposta da sociedade, legalmente representada no Congresso Nacional, com sanção Presidencial, àqueles que, em inequívoco prejuízo a coletividade, desrespeitam toda e qualquer norma, em atos violentos (ou a fomentar violência), ou em busca de lucro fácil, ainda que à custa da saúde pública, atingindo pessoas já doentes, inconsequentes, incautas ou miseráveis" (e-STJ, fl. 204)

Por sua vez, o Tribunal de origem consignou:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Por isso que não há falar em regime mais brando, considerada a gravidade concreta da conduta enfocada, em face das peculiaridades suso declinadas, conduta essa que, disseminada, vem provocando incessante desassossego à sociedade, tanto que assemelhada às hediondas, a par de ocasionar sérios problemas de saúde pública.

Impossível, igualmente, pelos mesmos fundamentos, a substituição da corporal por restritivas de direito, pouco importando a primariedade do acionado, mesmo porque, pelo exposto, a benesse não é socialmente aconselhável" (e-STJ, fl. 445).

De início, convém anotar que 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.

Na definição 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 pelo crime de tráfico de drogas, observar o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com a preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Como se observa, a sentença condenatória fixou o regime inicial fechado, exclusivamente, com fundamento no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 e o Tribunal *a quo* utilizou de fundamentação diversa para manter o regime mais gravoso, considerando o fato de o crime ter sido praticado em local público, circunstância que não pesou contra o réu no momento da dosimetria da pena (art. 59 do Código Penal).

A reiterada jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que "a hediondez e a gravidade abstrata do crime não constituem motivação idônea para a fixação de regime mais gravoso. Inteligência dos enunciados das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e n. 440 desta Corte Superior de Justiça." (HC 339.580/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 4.2.2016, DJe de 15.2.2016.)

Na espécie, estabelecida a pena definitiva em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, sendo primário o agente e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, pois não obstante a natureza da droga (elemento levado em consideração para elevar a pena-base), deve ser considerada a pequena quantidade apreendida (3,67g de *crack* e 7,05g de cocaína), nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do CP.

Nesse sentido:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

[...]

3. Considerando a quantidade de pena imposta (1 ano, 11 meses e 10 dias), a primariedade do condenado e o fato de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, deve ser fixado o regime inicial aberto, a teor do contido no art. 33, § 2º, alínea "c", e § 3º, do Código Penal.

[...]

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena, bem como substituir a pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais" (HC 320.015/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe de 15/9/2015.)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. QUANTUM. FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA COM BASE NA RESISTÊNCIA E LESÃO CORPORAL, CRIMES PELO QUAL O PACIENTE TAMBÉM FOI CONDENADO. *BIS IN IDEM*. PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA APLICADA AO CRIME DE TRÁFICO. CONDENAÇÃO DEFINITIVA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS SUBJETIVAS E OBJETIVAS FAVORÁVEIS. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO. CABIMENTO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

2. Não se admite que uma mesma circunstância fática seja duplamente considerada, servindo para configurar um ilícito penal e também para aumentar a pena de outro crime, sob pena de *bis in idem*.

3. Hipótese em que a Corte local, embora tenha consignado ser pequena a quantidade de entorpecente - 9 g de maconha -, diminuiu a pena em apenas metade na aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 com base em circunstâncias inerentes aos tipos penais inscritos nos arts. 329, caput (resistência), e 129 (lesão corporal), ambos do Código Penal, pelos quais o paciente também foi condenado.

4. O quantum da condenação (1 ano e 8 meses de reclusão e 5 meses de detenção), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea c, do CP, além da substituição por medidas restritivas de direitos.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, fixar o regime inicial aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos" (HC 342.955/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 29/02/2016.)

Por fim, pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente, circunstâncias judiciais favoráveis e quantidade não significativa de droga apreendida), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser especificada pelo Juízo da execução, uma vez que transitada em julgada a condenação.

Diante do exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para adequar o regime ao modo aberto e determinar a substituição da sanção corporal por pena restritiva de direitos a serem fixadas pelo juízo competente.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0162082-6

HC 360.149 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00153297020158260602 12132015 153297020158260602 2016000368660 61902015

EM MESA

JULGADO: 16/08/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: PAULO ROGERIO COMPIAN CARVALHO
ADVOGADO	: PAULO ROGÉRIO COMPIAN CARVALHO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: RENATO ALVES DE CARVALHO

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.