



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 297.688 - SP (2014/0154292-4)**

**RELATOR** : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : RODRIGO VIDAL NITRINI - DEFENSOR PÚBLICO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : RAFAEL BONONI FERREIRA GOMES

### EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. ART. 2º, § 1º, DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. SÚMULA 440/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. ART. 44 DA LEI N.º 11.343/06. ÓBICE AFASTADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

3. Na hipótese em exame, considerando a quantidade de pena imposta, a primariedade do condenado e o fato de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, o regime inicial deve ser o aberto, a teor do contido no art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º do Código Penal. Incidência da Súmula 440/STJ.

4. A Suprema Corte, no HC n. 97.256/RS, também passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

5. Afastado o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006 (vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos) e preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal pelo impetrante, deve ser levado a efeito a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais.

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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### 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 Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 11 de novembro de 2014(data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 297.688 - SP (2014/0154292-4)**

### **RELATÓRIO**

**O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de RAFAEL BONONI FERREIRA GOMES, indicando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 166 dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 13/18).

Interposta apelação pela defesa, a Corte de origem negou provimento ao recurso, mantendo, *in totum*, a sentença condenatória (fls. 19/26).

No presente *mandamus*, a impetrante sustenta que a gravidade em abstrato do delito não é suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso do que aquele previsto em lei.

Alega, ainda, que o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por preencher os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

Requer, assim, seja concedida a ordem para desconstituir o acórdão impugnado e alterar o regime prisional para o aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Liminar indeferida (fl. 30).

Informações prestadas pela autoridade indicada como coatora às fls. 38/71.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* e pela concessão da ordem de ofício (fls. 76/84).

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 297.688 - SP (2014/0154292-4)**

### **VOTO**

#### **O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):**

Cumpre considerar, inicialmente, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

*In casu*, há ilegalidade flagrante a ensejar a concessão de *habeas corpus* de ofício.

Com efeito, verifica-se que o Juízo de primeiro grau, aplicando a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, no seu grau máximo 2/3 (dois terços), fixou a pena definitiva do paciente em 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, exclusivamente pelo fato de ser o delito equiparado a hediondo, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, o que foi mantido pelo Tribunal *a quo*.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

Assim, considerando a quantidade de pena aqui imposta, 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.

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte Superior:

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. AGRAVADO CONDENADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS À PENA DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PENA-BASE ALVITRADA NO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO ENTENDIMENTO SEDIMENTADO NAS SÚMULAS N.º 718 E N.º 719/STF E NA SÚMULA N.º 440/STJ. APLICAÇÃO DAS REGRAS PREVISTAS NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA C, E § 3.º DO CÓDIGO PENAL. MANUTENÇÃO DA ORDEM DE *HABEAS CORPUS* EM QUE SE ESTABELECEU O REGIME ABERTO QUE SE IMPÕE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Na hipótese de todas as circunstâncias judiciais serem favoráveis, com fixação da pena-base no mínimo legal, sem a indicação substancial de nenhum fundamento concreto revelador de que a conduta do Acusado transcende a gravidade inerente ao tipo incriminador, não há margem para o



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agravamento da sanção penal, com o recrudescimento do regime prisional inicial. Súmulas 718 e 719 do STF e 440/STJ.

2. "[A] *hediondez ou a gravidade abstrata do delito não obriga, por si só, o regime prisional mais gravoso, pois o juízo, em atenção aos princípios constitucionais da individualização da pena e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, deve motivar o regime imposto observando a singularidade do caso concreto*" (STF, HC 119.287/SP, Rel. Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, DJe 13/05/2014).

3. "*Fixada a pena em seu mínimo legal, inferior a 4 (quatro) anos, não sendo caso de reincidência, e não havendo circunstância judicial desfavorável, [...] não há falar em adoção do regime inicial semiaberto, se o próprio paradigma legal permite a adoção do regime inicial aberto (art. 33, § 2º, c e § 3º c/c art. 59, CP)*" (STF, HC 83.613/SP, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, DJ de 30/04/2004).

4. Agravo desprovido. (AgRg no HC 285.691/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 21/08/2014)

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006 RECONHECIDA EM SEDE DE APELAÇÃO. MANUTENÇÃO DO REGIME PRISIONAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA E HEDIONDEZ. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. RÉU PRIMÁRIO E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REGIME ABERTO. APLICABILIDADE. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

– A obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crime hediondos e os a ele equiparados foi declarada inconstitucional pelo c. Pretório Excelso, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES. Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei.

– Sendo o réu primário e favoráveis todas as circunstâncias judiciais – pena-base foi fixada no seu mínimo legal, o regime prisional adequado para o cumprimento da pena é o aberto, tendo em vista que sanção privativa de liberdade não supera 4 (quatro) anos.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de modificar o regime prisional para o aberto. (HC 239.685/MG, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (Desembargadora convocada do TJ/SE), Sexta Turma, DJe 19/12/2013)



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Incide, à espécie, o verbete sumular n. 440/STJ, *in verbis*: "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."

Por fim, a Suprema Corte, no HC n. 97.256/RS, em casos tais, também passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Desse modo, afastado o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006 (vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos) e preenchidos os requisitos previstos em tal dispositivo legal, deve ser levada a efeito a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais.

Diante do exposto, NÃO CONHEÇO do presente *habeas corpus*. Todavia, CONCEDO a ordem, de ofício, para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena, bem como substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais.

É como voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0154292-4

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 297.688 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00077444220138260050 20140000249688 77444220138260050

EM MESA

JULGADO: 11/11/2014

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

#### **AUTUAÇÃO**

|            |                                              |
|------------|----------------------------------------------|
| IMPETRANTE | : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  |
| ADVOGADO   | : RODRIGO VIDAL NITRINI - DEFENSOR PÚBLICO   |
| IMPETRADO  | : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE   | : RAFAEL BONONI FERREIRA GOMES               |

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 Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.