



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.597 - SP (2015/0257826-5)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANISIO VIEIRA CAIXETA JUNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILLIAM CRISTIAN MALACHIAS NUNES DA CONCEICAO (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO. REGIME PRISIONAL FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - O **Pretório Excelso**, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do **HC n. 111.840/ES**, ao considerar incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com redação dada pela Lei nº 11.464/07, concluiu ser possível o afastamento da obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

IV - A hediondez do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial mais gravoso para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos artigos 33, § 2º, alínea **b**, e §3º, do CP (**precedentes**).

V - Nos termos do Enunciado Sumular nº 719/STF: "*A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

idônea".

VI - O Pretório Excelso, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do **HC n. 97.256/RS**, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 - cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012) -, permitiu a concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de drogas desde que preenchidos requisitos insertos no art. 44, do Código Penal.

VII - **Na hipótese**, o paciente é primário, a quantidade da pena aplicada, **2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão**, é superior a 1 (um) ano e não excedente a 4 (quatro) e a pena base foi fixada no mínimo legal em razão da ausência de circunstância judicial desfavorável ao paciente, motivos suficientes a ensejar o estabelecimento do regime inicial **aberto**. À luz do art. 44, II. do CP, o paciente também faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para fixar o regime aberto para cumprimento da pena e determinar que o eg. Tribunal de origem converta a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal.

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 Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de fevereiro de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.597 - SP (2015/0257826-5)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em benefício de WILLIAM CRISTIAN MALACHIAS NUNES DA CONCEICAO contra o v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado às penas de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 250 dias-multa pela prática do delito tipificado no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, o qual negou provimento ao apelo, em acórdão cuja ementa transcrevo a seguir:

"APELAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PENAS E REGIME PRISIONAL MANTIDOS. IMPROVIMENTO DO APELO" (fl. 60).

Daí o presente **habeas corpus**, no qual postula o impetrante a fixação do regime inicial aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, visto estarem preenchidos os requisitos para tanto.

Liminar indeferida às fls.75-78.

As informações foram prestadas às fls. 94-124.

O d. Ministério Público Federal, às fls. 128-136, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**. No mérito, opina pela concessão parcial da ordem, de ofício, para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da sanção corporal.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.597 - SP (2015/0257826-5)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO. REGIME PRISIONAL FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - O **Pretório Excelso**, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do **HC n. 111.840/ES**, ao considerar incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com redação dada pela Lei nº 11.464/07, concluiu ser possível o afastamento da obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

IV - A hediondez do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial mais gravoso para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos artigos 33, § 2º, alínea **b**, e §3º, do CP (**precedentes**).

V - Nos termos do Enunciado Sumular nº 719/STF: "*A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea*".

VI - O Pretório Excelso, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do **HC n. 97.256/RS**, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 - cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012) -, permitiu a concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de drogas desde que preenchidos requisitos insertos no art. 44, do Código Penal.

VII - **Na hipótese**, o paciente é primário, a quantidade da pena aplicada, **2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão**, é superior a 1 (um) ano e não excedente a 4 (quatro) e a pena base foi fixada no mínimo legal em razão da ausência de circunstância judicial desfavorável ao paciente, motivos suficientes a ensejar o estabelecimento do regime inicial **aberto**. À luz do art. 44, II. do CP, o paciente também faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para fixar o regime aberto para cumprimento da pena e determinar que o eg. Tribunal de origem converta a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a col. Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

Busca-se, no presente **writ**, a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Da **análise dos autos**, **tenho que a ordem merece ser concedida de ofício**.

Para a compreensão da **questio**, transcrevo o seguinte excerto da r. sentença condenatória, **verbis**:

"Passo a dosar a pena do acusado.

***O réu é primário** e, embora tenha consigo drogas de várias espécies, confessou o delito. Assim, levando-se em conta ainda sua menoridade relativa, **fixo a pena no mínimo legal**, ou seja, em, ou seja, cinco anos de reclusão e quinhentos*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dias-multa.

Não havendo nos autos demonstração de que o réu se dedicasse a outro tipo de atividade criminosa ou mesmo tivesse envolvido com o crime organizado, **de se aplicar o redutor previsto pelo artigo 33, § 4º, da Lei 11343/2006.**

Tendo em vista o fato de que o réu responde a processo por roubo (fls. 05/06 do apenso), há sérios indícios de seu envolvimento em práticas criminosas outras, de forma que **a redução deve ser feita na metade**, ficando definitivamente fixada em dois anos e seis meses de reclusão e duzentos e cinquenta dias-multa.

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação para CONDENAR o réu WILLIAN CRISTIAN MALACHIAS NUNES DA CONCEIÇÃO (RG: 44.305.854, filho de Adilson Nunes de Conceição e de Rosana Malachias), a uma pena de em dois anos e seis meses de reclusão e duzentos e cinquenta dias-multa, no valor unitário mínimo legal, como incurso no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06.

Inviável, no caso, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos pelos motivos que seguem:

De se salientar que, embora respeitando recente decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal, entendo que a vedação acima apontada não fere Constituição Federal.

Isto porque a própria CF em seu art. 5º, inciso XLIII, estabelece que: "a Lei considerará crimes inafiançáveis e insusceptíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem".

Ora, **seria ilógico a Carta Magna conceder tratamento severo aos envolvidos no tráfico de drogas negando-lhes a possibilidade de liberdade mediante pagamento de fiança ou mesmo a concessão de graça ou anistia e, depois, considerar-se inconstitucional norma legal que apenas veda a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.**

A norma atacada, pois, apenas segue a tendência apontada pela constituição de considerar mais grave o crime de tráfico e, **por isso, insusceptível de benesses que culminam na rápida liberação daquele que se envolve nesse crime.**

Nesse mesmo sentido, se a Lei Maior elege o tráfico como crime inafiançável, pelo que dificulta a libertação de um mero suspeito, **não se pode, no entender desse magistrado, tornar a pena privativa de liberdade do condenado letra morta, transformando-a em mera pena alternativa, cabível apenas, como nos revela o espírito da Lei, a crimes de menores consequências sociais.**

O crime de tráfico é daqueles que causam enormes danos sociais, destruindo famílias e fomentando a prática de crimes contra o patrimônio.

Dessa forma, seus praticantes devem iniciar o cumprimento de suas **penas em regime fechado, único compatível com a gravidade do delito praticado e para propiciar a completa ressocialização do agente**" (fls. 28-29 - grifei).

No mesmo sentido foi o entendimento do eg. Tribunal **a quo**, expresso no v.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acórdão impugnado, conforme se depreende do seguinte excerto, **verbis**:

"O regime prisional é o inicial fechado, em se tratando de crime equiparado a hediondo.

A natureza do delito mostra-se incompatível com um regime mais brando e em se tratando de crime equiparado a hediondo, nos termos do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, em consonância com a norma constitucional, deve ser adotado o regime inicial fechado, que melhor se enquadra aos critérios de prevenção e reprovação do crime.

A substituição da pena corporal por restritivas de direitos não se mostra cabível, suficiente e socialmente recomendável ante a natureza do delito, ainda equiparado a hediondo, além do regime prisional imposto (inicial fechado), que impede a execução da aludida substituição.

Tal posicionamento em nada fere recente decisão do Excelso Pretório amparando a substituição, visto que a mesma foi tomada por maioria apertada (6x4).

De forma idêntica, a Resolução nº 05/12, do Senado Federal, também não obsta aquele posicionamento, visto que o artigo 44, "caput", da Lei de Tóxicos permanece íntegro.

[...]

A recente edição da Resolução nº 5, de 2012, pelo Senado Federal, que suspendeu a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º, do artigo 33, da Lei de Tóxicos, em nada altera, no meu entender, a solução aqui proposta, posto que o crime, como se sabe, equipara-se aos hediondos e a aplicação de pena vicariante não reprovava a contento a prática de tão grave crime. Ademais, por opção do legislador, o artigo 44, caput, referido resta íntegro, aplicando-se, por isso, in totum o argumento acima exposto.

Anoto, apenas para esclarecer minha convicção a respeito da hediondez do delito, que o chamado "tráfico privilegiado" (art. 33, §4º, da Lei de Tóxicos) continua equiparando-se aos crimes hediondos, na esteira de julgados como estes, os quais transcrevo a seguir" (fls. 66-69 - grifei).

Depreende-se tanto da r. sentença condenatória quanto do v. acórdão que o fundamento para fixar o regime fechado e justificar a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos cingiu-se tão somente ao caráter da hediondez do delito.

O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§2º e 3º, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante desse contexto, forçoso reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, uma vez que não há razão para não conceder o regime aberto para o cumprimento da reprimenda, **pois a hediondez do crime** não constitui motivo suficiente a justificar a imposição do regime inicial mais gravoso para o cumprimento de pena.

Faz-se, portanto, indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos arts. 33, § 2º, c , e § 3º, e 59 do CP. Tal entendimento, aliás, foi consignado no enunciado Sumular n. **719** do col. **Pretório Excelso**, o qual transcrevo, respectivamente, a seguir:

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

No mesmo sentido é o enunciado 440 da súmula desta Corte de Justiça: *"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"*.

Examinando os autos, verifica-se que os referidos requisitos foram atendidos. Trata-se de paciente primário, a quantidade da pena aplicada é superior a 1 (um) ano e não excedente a 4 (quatro) e a pena base foi fixada no mínimo legal em razão da ausência de toda e qualquer circunstância judicial desfavorável ao paciente.

Colaciono, oportunamente, alguns julgados proferidos pelo col. **Supremo Tribunal Federal** que ratificam esse entendimento:

*"Habeas corpus. 2. Roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e pelo concurso de agentes (art. 157, § 2º, incisos I e II do CP). Condenação. Regime inicial fechado. 3. Pedido de fixação de regime semiaberto. Possibilidade: primariedade do agente; circunstâncias judiciais favoráveis (pena-base fixada no mínimo legal); e fundamentação inadequada (gravidade in abstracto do delito). 4. A **jurisprudência do STF consolidou o entendimento segundo o qual 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. 5. Aplicação das Súmulas 718 e 719. 6. Decisão monocrática do STJ. Ausência de interposição de agravo regimental. Writ não conhecido.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ordem concedida de ofício para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena" (HC n. 119.287, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 14/5/2014, grifei).

"HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO (ART. 157, § 2º, INCISOS I E II). FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. 1. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores. 2. A imposição do regime menos gravoso não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme expressa remissão do art. 33, § 3º, do mesmo diploma legal. 3. Fixação do regime de cumprimento da pena lastreada na gravidade abstrata do delito. 4. Condenação à pena superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) anos, reincidência inexistente e a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal na sentença, preenchem os requisitos legais para a fixação do regime inicial semiaberto (art. 33, § 2º, b, e § 3º, do CP). 5. Ordem concedida" (HC n. 118.930, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 21/11/2013).

No mesmo sentido, os seguintes precedentes prolatados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. [...]

2. In casu, foi fixado o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

3 Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da reprimenda corporal imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º [...]" (HC n. 295.577/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 26/9/2014).

Acerca da substituição de pena, o **Pretório Excelso**, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do **HC n. 97.256/RS**, considerou inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06 - cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012) -, e permitiu a concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de drogas desde que preenchidos requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

In casu, o paciente, não reincidente, teve valoradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais - tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal - e foi condenado pela prática de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa (tráfico) à pena de **2 (dois) anos e 6 (seis) meses** de reclusão - devidamente reduzida em razão da incidência do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, e, com a redução pela minorante, faz jus ao regime aberto de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, §2º, alínea "c", e §3º, do Código Penal. À luz do art. 44 do Código Penal, deve-se proceder à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO.DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O DO STF. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, §4.º, DA LEI Nº 11.343/2006. QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO,PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, NO PATAMAR DE METADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.POSSIBILIDADE, EM TESE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. REGIME PRISIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CABÍVEL O REGIME INICIAL ABERTO. SÚMULA N.º 440/STJ. APELO EM LIBERDADE. PREJUDICIALIDADE. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE PREJUDICADO E, NO MAIS, NÃO CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]

4.O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

5.O Paciente, réu primário, foi condenado a pena reclusiva inferior a 04 anos de reclusão, sendo-lhe favoráveis todas as circunstâncias judiciais. Portanto, não é legítimo agravar o regime de cumprimento da pena, a teor do disposto no art. 33, § 2. alínea c, e § 3." do Código Penal. Incidência da Súmula n." 440/STJ.

6.O Plenário da Suprema Corte, nos autos do HC n." 97.256/RS, julgou inconstitucional a vedação contida no § 4." do art. 33 e também no art.44 da Lei n." 11.343/2006, o que resultou na edição da Resolução n."05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.", da Lei n.º 11.343/2006. No caso, preenchidos os requisitos legais, o Paciente faz jus à substituição da reprimenda privativa de liberdade.

*7. Ordem de habeas corpus parcialmente prejudicada e, no mais, não conhecida. Ordem parcialmente concedida ex officio para, mantida a condenação, fixar o regime prisional aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, devendo as regras aplicáveis ao regime e as penas substitutivas serem fixadas pelo Juízo das Execuções Penais" (HC n. 237.702/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/12/2013).*

Em suma, a circunstância utilizada na sentença condenatória para justificar a imposição do regime fechado, bem como para negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mantida em sede de recurso de apelação, não se revela idônea e malfez a sistemática estabelecida pela legislação.

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

Contudo, concedo a ordem de ofício a fim de fixar o regime **aberto** para cumprimento da pena e determinar que o eg. Tribunal de origem converta a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0257826-5

HC 338.597 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00093417020148260451 10272014 20150000588783 93417020148260451

EM MESA

JULGADO: 02/02/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANISIO VIEIRA CAIXETA JUNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILLIAM CRISTIAN MALACHIAS NUNES DA CONCEICAO (PRESO)

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 Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.