



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 337.230 - SP (2015/0243142-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MAILANE RAMOS DOS SANTOS RODRIGUES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JHONATAN LUCAS DE ALENCAR (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADO A 1 ANO E 8 MESES DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO BASEADO NA HEDIONDEZ DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. MODIFICAÇÃO PARA O REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. BENEFÍCIO NEGADO EM VIRTUDE DA HEDIONDEZ DO CRIME. FUNDAMENTO AFASTADO. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELA DEFESA PENDENTE DE APRECIÇÃO. INCIDÊNCIA DO ART. 44 DO CP QUE DEVE SER ANALISADA PELO TRIBUNAL REVISOR, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *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. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

– No caso, tendo em vista a quantidade da pena imposta (1 ano e 8 meses de reclusão), a primariedade do paciente e o fato de não terem sido apontadas circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conferido ao paciente o regime aberto, a teor do disposto no arts. 33, §§ 2º, "c", e 3º, do Código Penal.

– 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 restritivas 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.

– Hipótese em que a negativa da substituição embasou-se apenas na hediondez do delito, fundamento que deve ser afastado, pois não se coaduna com o novo tratamento dado à matéria. Contudo, pendente de julgamento o recurso de apelação interposto pela defesa, para evitar supressão de instância, entendo que a análise da possibilidade de aplicação do art. 44 do Código Penal deve ser feita pelo Tribunal revisor, que verificará se o paciente atende ou não aos requisitos legais, independente da natureza hedionda do delito de tráfico de entorpecentes.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial aberto.

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 Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 337.230 - SP (2015/0243142-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MAILANE RAMOS DOS SANTOS RODRIGUES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JHONATAN LUCAS DE ALENCAR (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JHONATAN LUCAS DE ALENCAR contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do HC n. 2143211-41.2015.8.26.0000.

Consta dos autos que o paciente foi condenado ao cumprimento da pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 166 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11343/2006, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade. Na sentença, o Juízo de 1º grau fez incidir a causa de diminuição constante do § 4º do mesmo artigo, em seu patamar máximo e, não obstante as circunstâncias judiciais favoráveis, fixou o regime inicial fechado e negou a substituição da pena privativa de liberdade com base na hediondez do crime perpetrado (e-STJ fls. 17/24).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, que se encontra em processamento no primeiro grau de jurisdição, ausente recurso da acusação, conforme consulta realizada à página eletrônica do Tribunal *a quo*.

Paralelamente, entendendo ser flagrante e atual o constrangimento ilegal na imposição do regime fechado para o cumprimento da pena, aliado ao fato de estar segregado cauterlamente há quase um ano, impetrou *habeas corpus* no Tribunal local. Entretanto, a Corte *a quo* entendeu pelo não cabimento do *mandamus*, sob o fundamento de que o recurso cabível para a insurgência seria a apelação (e-STJ fls. 12/16).

Nas razões do presente *writ* (e-STJ fls. 1/11), a impetrante sustenta que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acórdão impugnado impôs ao paciente flagrante constrangimento ilegal, pois não seria possível nem proporcional aguardar o processamento da apelação criminal, razão pelo qual impetrou *habeas corpus* na origem.

Afirma que não foram observadas as regras previstas no artigo 33, § 2º, do Código Penal para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, sendo ilegal a imposição do regime fechado com base, exclusivamente, na gravidade abstrata do crime.

Assevera que o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional, em controle difuso, o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990. Aduz que todas as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis, razão pela qual a pena-base foi fixada no mínimo legal e o redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 aplicado em seu grau máximo, razão pela qual faz *jus* ao cumprimento da pena em regime aberto, além da substituição da pena corporal por restritivas de direitos, por cumprir o paciente os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena por restritivas de direitos.

Pedido liminar deferido em parte, apenas para assegurar ao paciente o direito de aguardar, no regime aberto, o julgamento do mérito do presente *writ* (e-STJ fls. 34/38).

Informações prestadas às e-STJ fls. 57/141 e 149/199.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela concessão da ordem (e-STJ fls. 203/2010).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 337.230 - SP (2015/0243142-7)

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpra analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 4ª Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca a defesa a modificação do regime imposto bem como a substituição da pena corporal.

Com efeito, examinando os autos, infere-se que o Juízo sentenciante, com base nas circunstâncias judiciais favoráveis, fixou a pena-base do delito de tráfico de entorpecentes no mínimo legal, qual seja, 5 anos de reclusão. Em seguida, reconhecendo a causa de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, reduziu a pena no patamar máximo, resultando na pena privativa de liberdade de 1 ano e 8 meses de reclusão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Entretanto, não obstante o *quantum* da condenação (1 ano e 8 meses), a primariedade do réu e as favoráveis circunstâncias judiciais, fixou o regime inicial fechado e negou a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, sob os seguintes fundamentos (e-STJ fl. 23):

O regime de cumprimento de pena será o inicialmente fechado, nos termos do art. 1º, da Lei nº 11.464/07, que deu nova redação ao art. 2º, da Lei nº 8.072/90.

Ademais, o regime inicialmente fechado se impõe em vista da gravidade do crime praticado, pois é sabido que o tráfico ilícito de entorpecentes, muito embora seja praticado sem violência ou grave ameaça contra a pessoa, é a causa de toda a criminalidade que diariamente tem colocado em risco a sociedade, até porque o lucro obtido com esta prática abastece organizações criminosas.

Logo, não parece razoável admitir a aplicação das benesses previstas no art. 44, do Código Penal, aos réus primários que tenham praticado o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, infração penal equiparada ao crime hediondo.

Por fim, é impossível vislumbrar em quais entidades assistenciais, hospitais, escolas ou orfanatos Jhonatan, condenado pela prática de um crime de tráfico ilícito de entorpecentes, poderia efetivamente prestar serviços à comunidade.

Como é cediço, em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistente a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal.

No caso, o regime fechado, mais severo do que a pena comporta, foi fixado sem fundamentação idônea, em evidente afronta ao art. 93, inciso IX, da Constituição da República e à Súmula 440/STJ, que segue transcrita: "*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*".

Nesse mesmo sentido, seguem as Súmulas 718 e 719/STF, respectivamente:

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Assim, na espécie, tendo em vista a quantidade da pena imposta (1 ano e 8 meses de reclusão), a primariedade do paciente e o fato de não terem sido apontadas circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve ser conferido ao paciente o regime aberto, a teor do disposto no arts. 33, §§ 2º, "c", e 3º, do Código Penal.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. REGIME PRISIONAL FECHADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. OFENSA À SUMULA N. 440/STJ. REGIME ABERTO DEFERIDO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS COM BASE NA VARIEDADE E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- 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.

- Hipótese em que a sentença e o acórdão recorridos referiram-se à natureza hedionda do tráfico de drogas para fixar o regime inicial fechado.

- No termos da Súmula n. 440/STJ, 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.

- Considerando a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão e a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, deve ser fixado,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal, o regime inicial aberto.

- No que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir tal possibilidade, 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.

- 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. Assim, fica afastada a aplicação do art. 44 do Código Penal ao caso, pois o sentenciante, de forma fundamentada, entendeu por sua inadequação ao caso em tela, ante o fato de que, com o paciente, foram apreendidos 30 eppendorfs de cocaína e 21 invólucros plásticos de maconha.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto. (HC 339.471/SP, de minha relatoria, julgado em 19/11/2015, DJe 25/11/2015).

No que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir tal possibilidade, 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, através da Resolução n. 5/2012.

Assim, a substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos pode ser estabelecida para o delito de tráfico de entorpecentes, mas, para tanto, é necessário que o acusado preencha os requisitos legais elencados no art. 44 do Código Penal.

No caso, como visto, a negativa da substituição embasou-se apenas na hediondez do delito, fundamento que deve ser afastado, pois não se coaduna com o novo tratamento dado à matéria.

Contudo, em acesso ao *site* do Tribunal de origem - www.tjsp.jus.br -, constata-se que o recurso de apelação interposto pela defesa foi encaminhado ao Tribunal de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

origem em 19/1/2016, ainda sem previsão de data de julgamento.

Assim, para evitar supressão de instância, entendo que a análise da possibilidade de aplicação do art. 44 do Código Penal deve ser feita pelo Tribunal revisor, que verificará se o paciente atende ou não aos requisitos legais, independente da natureza hedionda do delito de tráfico de entorpecentes.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem ex officio**, apenas para, confirmando a liminar deferida, modificar o regime de cumprimento da pena para o aberto, recomendando que o Tribunal de origem, quando do julgamento do recurso de apelação, analise a possibilidade de aplicação do art. 44 do CP em favor do ora paciente.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0243142-7

HC 337.230 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00080422820148260655 20150000679585 21432114120158260000 80422820148260655

EM MESA

JULGADO: 18/02/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: MAILANE RAMOS DOS SANTOS RODRIGUES DE OLIVEIRA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JHONATAN LUCAS DE ALENCAR (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 Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.