



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 376.244 - SP (2016/0281716-5)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : RENATO SIMAO DE ARRUDA
ADVOGADO : RENATO SIMÃO DE ARRUDA - SP197917
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENAN MICHEL PORTO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, *CAPUT*, E § 4º, DA LEI N. 11.343/06). PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO, PARA ADEQUAR O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

2. É manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com fundamento exclusivo no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/20, dispositivo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 111.840/ES. Precedentes.

3. Estabelecida a reprimenda em 1 ano e 8 meses de reclusão e reconhecida a primariedade do paciente, o regime aberto é o adequado para início de cumprimento da pena, conforme o disposto no art. 33, 2º, c, do Código Penal.

4. Fixada a pena-base acima do mínimo legal (retornando, após, ao patamar mínimo em razão da menoridade do paciente) com fundamento na natureza e alta potencialidade da droga apreendida, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra medida suficiente à prevenção e reparação do crime.

5. *Habeas corpus* não conhecido, contudo, concedida a ordem, de ofício, para fixar ao paciente o regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, 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 de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de abril de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 376.244 - SP (2016/0281716-5)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : RENATO SIMAO DE ARRUDA
ADVOGADO : RENATO SIMÃO DE ARRUDA - SP197917
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENAN MICHEL PORTO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em benefício de RENAN MICHEL PORTO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação n. 0007587-55.2014.8.26.0302

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, do Código Penal. Contra a sentença condenatória, a defesa interpôs apelação, buscando a revisão da condenação, tendo o Tribunal *a quo* negado provimento ao recurso em acórdão assim ementado:

Apelação. Crime de tráfico de drogas. Absolução por insuficiência de drogas. Impossibilidade. Autoria, materialidade e traficância demonstradas. Não provimento ao recurso (fl. 12).

Na presente impetração, sustenta o impetrante que o regime fechado foi fundamentado somente na hediondez do delito, por força do disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, dispositivo julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 11.840. Sustenta, ainda, que a pena privativa de liberdade aplicada é passível de substituição por pena restritiva de direitos, pois presentes os requisitos exigidos no art. 44 do Código Penal.

Requer, em apertada síntese, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Liminar indeferida (fls. 32/33).

Informações prestadas às fls. 41/51.

Parecer do Ministério Público Federal, às fls. 55/59, pelo não conhecimento do *writ* ou, se conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 376.244 - SP (2016/0281716-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

O presente *habeas corpus* não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Além disso, a matéria aqui apresentada não foi apreciada pelo Tribunal de origem, o que impediria a sua análise diretamente por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. Porém, em hipóteses excepcionais, nas quais a ilegalidade se mostra flagrante, é possível a superação desses óbices, com a consequente concessão da ordem de ofício, como no caso dos autos.

No que concerne ao objeto do *writ*, eis a fundamentação da sentença condenatória:

[...]

A reprimenda deverá ser cumprida inicialmente no regime fechado, nos termos do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei 8.072/90. E é incabível a sua substituição por pena restritiva de direitos.

O crime de tráfico de drogas, além de ser equiparado a hediondo e ser a principal causa de inúmeros outros delitos, notadamente patrimoniais, gera efeitos nefastos para a sociedade e para as famílias de bem, de modo que a concessão de regime mais brando ou do benefício mencionado é incompatível com a sua gravidade e não se mostraria suficiente para a prevenção ou reprovação do delito (CP, art. 59, in fine), gerando, inclusive, ofensa ao disposto no artigo 44, III, CP, além de verdadeira sensação de impunidade nesta interiorana cidade de Jaú. (fl. 22)

No tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, é firme neste Tribunal Superior a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte que prevê:

Súmula 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".

No mesmo sentido os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, que indicam:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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

Nesse contexto, considerando que a pena-base foi majorada somente em função da "alta potencialidade lesiva das drogas apreendidas" (fl. 22), para logo após ser reconhecida a atenuante da menoridade, retornando ao mínimo legal, e o *quantum* de pena aplicado (1 ano e 8 meses), mostra-se cabível a fixação do regime inicial aberto (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal).

Dessarte, consoante orientação jurisprudencial desta Corte Superior, a mera referência genérica, pela instância ordinária, aos efeitos nefastos da droga e à gravidade abstrata do delito de tráfico não constitui motivação suficiente, por si só, para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso.

Ademais, o óbice à fixação de regime diverso do fechado, apontado pelo juízo monocrático em relação aos crimes hediondos e equiparados, foi superado pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007.

Nessa toada, reconhecida a primariedade do paciente, a quem foi imposta reprimenda definitiva inferior a 4 anos de reclusão, **cabível a imposição do regime aberto para iniciar o cumprimento da sanção corporal**, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Por oportuno, confirmam-se os seguintes precedentes:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 33, § 3º, DO CP. OCORRÊNCIA. PENA INFERIOR A 8 ANOS E SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. DIREITO A REGIME MENOS GRAVOSO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E SÚMULA 440 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não é possível a imposição de regime mais severo que o fixado em lei com base apenas na gravidade abstrata do delito. Para exasperação do regime fixado em lei é necessária motivação idônea. Súmulas n.º 718 e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça.

2. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REsp 1395041/SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 14/04/2014).

PENAL. HABEAS CORPUS. INDEFERIMENTO DE LIMINAR. NÃO CABIMENTO. SUPERAÇÃO DO ENUNCIADO N. 691 DA SÚMULA DO STF. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIALMENTE FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

II - Na hipótese, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de liminar em habeas corpus, manteve a decisão da magistrada de 1ª instância, que fixou o regime fechado para o início do cumprimento da pena, fundamentado na gravidade em abstrato do delito.

III - Contudo, o Enunciado 440, da Súmula do STJ afirma que "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".

IV - In casu, da análise dos fundamentos expostos pelas instâncias ordinárias, quando da realização da dosimetria da pena, verifica-se que as circunstâncias judiciais do paciente foram avaliadas de modo inteiramente favorável, bem como que se trata de indivíduo primário, razão pela qual o regime que melhor atende sua situação, nos termos do art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal, é o aberto.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena (HC 304.311/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 27/11/2014).

[...]

TRÁFICO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. FIXAÇÃO DE MODO DE EXECUÇÃO DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DESTE STJ. PACIENTE PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. FIXAÇÃO DO MODO ABERTO QUE SE MOSTRA DEVIDA. ILEGALIDADE PATENTEADA.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade, pelo Plenário do STF, do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.464/07, que estabelecia o modo inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor, o regime prisional para esses tipos de crimes deve agora ser fixado de acordo com o previsto no art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal.

2. Reduzida a pena definitivamente para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e verificando-se que o paciente é primário e de bons antecedentes, mostra-se devida a imposição da forma aberta para o início da execução da pena reclusiva, de acordo com o art. 33, § 2º, c, e § 3º, do CP.

3. Writ não conhecido, concedendo-se, contudo, habeas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

corpus de ofício para: a) aplicar a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 no patamar de 2/3 (dois terços), tornando a reprimenda do paciente definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa;

b) substituir a pena reclusiva por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução; e c) fixar o regime inicial aberto (HC 240.986/MA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 01/02/2013).

No que concerne, porém, ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não cabe a concessão da ordem.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 97.256/RS, reconheceu a inconstitucionalidade das expressões "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" e "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", constantes do art. 44 e do § 4º do art. 33, ambos da Lei n. 11.343/06, tendo sido, inclusive, suprimidas do texto legal por meio da Resolução n. 05/12 do Senado Federal.

Assim, a princípio, não há óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal.

Na hipótese, porém, a natureza da droga apreendida e sua alta potencialidade lesividade foram fundamentos utilizados para fixar a pena-base acima do mínimo legal (que retornou ao mínimo em razão da menoridade do paciente), de modo que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra medida suficiente para a repressão do crime, na esteira do art. 44, III, do Código Penal.

Confira-se, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. 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.)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. LIMINAR CONFIRMADA.

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 1 (um) ano e 8 (oito) 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, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", e 59 do CP.

4. No caso, utilizada a diversidade das drogas apreendidas para fixar a pena-base acima do mínimo legal (que retornou ao patamar mínimo na segunda fase em razão da menoridade do paciente), a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra suficiente, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), uma vez que desfavoráveis as circunstâncias do crime.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, confirmando a liminar, adequar o regime ao modo aberto. (HC 363.268/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 6/10/2016, DJe 26/10/2016.)

Pelo exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para adequar o regime inicial de cumprimento de pena para o aberto, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0281716-5

HC 376.244 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00075875520148260302 20160000755331 75875520148260302

EM MESA

JULGADO: 06/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RENATO SIMAO DE ARRUDA
ADVOGADO : RENATO SIMÃO DE ARRUDA - SP197917
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENAN MICHEL PORTO

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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.