



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no HABEAS CORPUS Nº 364.200 - SP (2016/0195115-4)**

**RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**AGRAVANTE : GABRIEL HENRIQUE ARAUJO (PRESO)**  
**ADVOGADO : RODRIGO FREITAS**  
**AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

### **EMENTA**

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO QUE DEFERIU O PEDIDO LIMINAR APENAS EM PARTE. IRRESIGNAÇÃO DA DEFESA. NÃO CABIMENTO. AGRAVO NÃO CONHECIDO.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte, não cabe agravo regimental contra decisão que, de forma fundamentada, indefere o pedido liminar em *habeas corpus* ou em recurso ordinário em *habeas corpus*.
2. Hipótese em que a decisão impugnada deferiu o pedido liminar apenas em parte.
3. Agravo regimental não conhecido.

### **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 agravo regimental. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de agosto de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no HABEAS CORPUS Nº 364.200 - SP (2016/0195115-4)**

**RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**AGRAVANTE : GABRIEL HENRIQUE ARAUJO (PRESO)**  
**ADVOGADO : RODRIGO FREITAS**  
**AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

### RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo regimental interposto por GABRIEL HENRIQUE ARAUJO contra decisão que deferiu o pedido liminar, apenas em parte, nos termos seguintes (e-STJ fls. 73/77):

*Trata-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de GABRIEL HENRIQUE ARAUJO, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido nos autos da Apelação n.º 0056666-46.2015.8.26.0050, que negou provimento ao apelo defensivo e deu parcial provimento ao recurso ministerial (fl. 34/53).*

*Consta nos autos que o Paciente foi condenado à pena de 01 (um) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06, com substituição da pena corporal por prestação de serviços comunitários (fl. 25/32). Isso porque guardava, para fins de tráfico, **55 (cinquenta e cinco) microtubos de cocaína, com peso aproximado de 26,5g (vinte e seis gramas e cinco decigramas)** (fl. 40).*

*Contra a sentença, a Defesa e Acusação interpuseram apelação, que restou desprovida para defesa, e parcialmente provida para a Acusação, nos seguintes termos:*

*"[...] rejeito a preliminar, nego provimento ao apelo defensivo e dou parcial provimento ao recurso ministerial, a fim de elevar a pena de GABRIEL HENRIQUE ARAÚJO para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, estipular o regime fechado para o início do seu cumprimento e afastar a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos e multa, mantida, no mais, a r. sentença de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos." (fl. 53).*

*Neste writ, a Impetrante alega, em síntese, que o Paciente sofre*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*constrangimento ilegal, tendo em vista que nenhum fundamento concreto teria sido apresentado pelo Tribunal a quo, para justificar a fixação a não aplicação da redução prevista no art. 33, §4.º da Lei 11.343/2006, a fixação do regime inicial fechado e a negativa de substituição de pena.*

*Requer, a concessão "LIMINAR da ordem, para: 1) seja determinado a aplicação do redutor do artigo 33, §4 da lei de drogas em 2/3; 2) seja aplicado o início de cumprimento da pena no regime aberto; 3) seja convertido a pena privativa de liberdade por restritiva de direito; 4) Aplicação do SURSIS" (fl. 23).*

*É o relatório inicial. Decido.*

*A despeito do meu convencimento pessoal – em consonância, a propósito, com o do Supremo Tribunal Federal (v.g.: RHC 118.623/MS, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 19/11/2013, DJe de 05/12/2013; HC 110.118, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Rel. p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe de 07/08/2012; HC 115.715, Rel. Min. ROSA WEBER, Rel. p/ acórdão Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 12/09/2013; RHC 117.845, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 07/10/2013; HC 113.690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 08/10/2012) –, as Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento majoritário de que é **inadequado** o manejo de habeas corpus contra decisório do Tribunal a quo atacável pela via de recurso especial (v.g.: (HC 287.657/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 04/12/2014; HC 289.508/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 03/12/2014; HC 293.916/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 11/12/2014; HC 297.410/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 02/12/2014).*

*Embora se trate de habeas corpus substitutivo de recurso especial, diante da possibilidade, em tese, de se conceder a ordem, de ofício, o presente writ deve ser processado.*

*No caso, verifica-se que o Juízo Sentenciante, ao estabelecer o regime de cumprimento de pena, adotou a seguinte fundamentação:*

*"O regime inicial deverá ser o aberto, consentâneo com a quantidade de pena, e não sendo o réu reincidente, de acordo com precedentes do Supremo Tribunal Federal admitindo tal regime." (fl. 31).*

*O Tribunal a quo, por sua vez, deu provimento ao recurso da acusação para fixar o regime inicial fechado, com os seguintes fundamentos :*

*"O regime de cumprimento de pena, por seu turno, foi estipulado com incorreção.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*A Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, modificando disposição da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), estatuiu, de maneira expressa, em seu artigo 2º, § 1º, que as penas relativas aos crimes previstos no caput deste artigo entre eles o tráfico ilícito de entorpecentes serão cumpridas inicialmente em regime fechado.*

*Não se desconhece, é bem verdade, que o plenário do Pretório Excelso, no julgamento do Habeas Corpus nº 111.840/ES, declarou incidenter tantum a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007. Entretanto, como é notório, dito julgamento não tem efeito erga omnes, razão pela qual sua aplicação não é imediata e automática.*

*[...]*

*Além do mais, não se pode perder de vista que o acusado, de maneira ousada e irresponsável, traficava drogas durante o período noturno, em bairro de intenso movimento desta megalópole, transformando em insuportável a convivência e permanência de todos que por lá transitam no seu dia a dia, colocando em risco até mesmo a integridade física de toda a população pacata e ordeira, especialmente a mais jovem e indefesa.*

*Sua conduta, como nitidamente se vê, revelou periculosidade concreta e efetiva, pois geradora de desassossego e inquietude social latente, tudo de modo a justificar, ao menos no início, o regime de cumprimento de pena mais rigoroso.*

*Assim, afigura-se totalmente inviável a imposição de regime inicial diverso do fechado, nos casos em que o agente é processado e condenado por crime de tráfico ilícito de entorpecentes, sobretudo nas condições como as observadas nestes autos." (fls. 50/52).*

*Como se vê, o regime prisional mais gravoso, no caso o fechado, foi estabelecido em face da gravidade abstrata da conduta imputada ao Réu, sendo, por isso, inidônea a fundamentação. Com efeito, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, não é legítimo agravar o regime de cumprimento da pena, a teor do disposto no artigo 33, § 2.º, alínea c, do Código Penal.*

*A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal tem ratificado esse entendimento, segundo o qual "se o condenado é primário e os critérios do art. 59 CP impõem a aplicação da pena mínima, não cabe determinar regime inicial de execução mais rigoroso que o admissível em tese" (HC 72.315/MG, 1.ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 26/05/1995).*

*Confirmam-se, a propósito, os enunciados n.ºs 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, 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."*

*Aplicável, portanto, à hipótese, o verbete n.º 440 da Súmula deste Tribunal, 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."*

*No caso, trata-se de réu primário, mas que foi preso em flagrante delito quando guardava, para fins de tráfico, **55 (cinquenta e cinco) microtubos de cocaína, com peso aproximado de 26,5g (vinte e seis gramas e cinco decigramas)** (fl. 40). Logo, a quantidade e a qualidade das drogas apreendidas – circunstâncias judiciais desfavoráveis –, embora não tenham sido utilizadas para aumentar a pena-base – fixada no mínimo legal –, servem para justificar regime mais gravoso.*

*Sem embargo, considerando que a pena fixada pelo Tribunal a quo é de **02 (dois) anos e 06 meses de reclusão**, sendo o réu primário, o regime legalmente adequado deveria ser o **intermediário**, não o fechado.*

*A propósito, confira-se os seguintes precedentes:*

*"[...]"*

*TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL MAIS SEVERO DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. POSSIBILIDADE. DESPROPORCIONALIDADE, NO ENTANTO, EM RELAÇÃO AO QUANTUM FINAL DA REPRIMENDA. COAÇÃO ILEGAL, EM PARTE, EVIDENCIADA. ALTERAÇÃO PARA O SEMIABERTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*1. Na hipótese, o Tribunal a quo fundamentou o regime inicial fechado na gravidade concreta do delito. Contudo, a reprimenda final foi estabelecida em 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, a evidenciar a desproporcionalidade do sistema prisional fixado pelas instâncias de origem.*

*2. Entretanto, tendo em vista a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, as quais justificaram a exasperação da pena-base, inviável a fixação do modo prisional aberto, mostrando-se adequada e proporcional ao caso concreto a alteração para o regime inicial semiaberto.*

*"[...]"*

*3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de alterar o regime inicial para o semiaberto." (HC 355.962/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 28/06/2016; sem grifos no original.)*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. ANÁLISE APROFUNDADA DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. QUANTIDADE ÍNFINITA DE DROGAS. NÃO INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTOS GENÉRICOS E INERENTES AO TIPO. ANTECEDENTES. DOCUMENTAÇÃO INSUFICIENTE. REGIME SEMIABERTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. Como consequência da redução de pena efetivada, deve-se proceder ao ajuste no regime de cumprimento da reprimenda, fixando-se ao paciente o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, 'b', e § 3º, do Código Penal, porquanto, embora haja sido condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, teve a pena-base fixada acima do mínimo legal (maus antecedentes).

[...]

7. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para redimensionar a reprimenda do paciente e estabelecer o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena." (HC 135.508/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 21/06/2016; sem grifos no original.)

Por fim, a eventual substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a aplicação da redução prevista no art. 33, §4.º, da Lei n.º 11.343/2006, deverá ser avaliada oportunamente pelo Colegiado, por ocasião do julgamento do mérito da impetração.

Nesse contexto, em face da excepcionalidade do caso, DEFIRO parcialmente a pretensão liminar, até o julgamento do mérito do presente writ, para restabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda, à luz do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

Oficie-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao Juízo de primeiro grau, encaminhando-se-lhes cópias desta decisão.

Solicitem-se informações ao Tribunal de origem.

Após, ouça-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 12 de julho de 2016.

Em suas razões (e-STJ fls. 126/129), o agravante sustenta ter direito ao regime aberto e à substituição da pena, sendo que a decisão impugnada deferiu apenas o regime intermediário. Aduz que a pena-base foi fixada no mínimo legal, o paciente é primário e



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

possui bons antecedentes, além de que a quantidade de droga não é expressiva. Assim, defende a possibilidade de redução da pena, do estabelecimento do regime aberto, além da conversão da pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade.

Ao final, pede o provimento do agravo regimental para que a liminar seja deferida em sua integralidade.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 364.200 - SP (2016/0195115-4)

### VOTO

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

Inicialmente, cumpre asseverar que não cabe agravo regimental contra decisão que indefere, de forma fundamentada, o pedido liminar em *habeas corpus* ou recurso de *habeas corpus*. Nesse sentido:

*PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DECISÃO DENEGATÓRIA DA LIMINAR. NÃO CABIMENTO. AGRAVO DESPROVIDO.*

**01. Conforme precedentes desta Corte, "não é cabível a interposição de agravo regimental contra decisão de Relator que, fundamentadamente, indefere o pleito liminar"** (AgRg no HC 289.009/GO, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 05/06/2014; AgRg no HC 270.400/PR, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, julgado em 25/06/2013).

**02. Agravo regimental desprovido.** (AgRg no HC n. 317.331/PA, Relator Ministro NEWTON TRISOTTO – Desembargador Convocado do TJ/SC – Quinta Turma, julgado em 28/4/2015, DJe 5/5/2015).

*PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS . LIMINAR. NÃO CABIMENTO. RECURSO NÃO CONHECIDO.*

**1. Pedido de reconsideração, apresentado dentro do quinquídio legal, deve ser recebido como agravo regimental, em homenagem ao princípio da fungibilidade.**

**2. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que não cabe recurso contra a decisão do relator que defere ou indefere a liminar de forma motivada.**

**3. Reconsideração recebida como agravo regimental, ao qual não se conhece.** (RCD no RHC n. 47.119/RS, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 14/4/2015, DJe 24/4/2015).

*PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. DECISÃO QUE INDEFERE LIMINAR. RECURSO INCABÍVEL. PRECEDENTES.*

**1. É incabível agravo regimental contra decisão que defere ou indefere liminar em habeas corpus. Precedentes.**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. *Agravo regimental não conhecido.* (AgRg nos EDcl no HC n. 299.830/SP, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 16/12/2014, DJe 2/2/2015).

*PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. INDEFERIMENTO DE LIMINAR. AGRAVO REGIMENTAL. NÃO CABIMENTO.*

***Incabível recurso de agravo regimental contra decisão de Relator ou seu substituto legal, que indefere liminar de forma fundamentada em habeas corpus. (Precedentes do STF e do STJ).***

*Agravo regimental não conhecido.* (AgRg no HC n. 305.794/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 18/11/2014, DJe 19/12/2014).

No caso, a decisão agravada encontra-se suficientemente fundamentada, conforme ressaí de suas disposições, transcritas no relatório supra.

Além disso, importa reiterar que a existência de circunstância judicial desfavorável, notadamente a quantidade e a natureza do entorpecente - 26,5g de cocaína -, sopesada na terceira fase da dosimetria, a princípio, constitui fundamento idôneo para a fixação de regime prisional semiaberto, bem como para obstar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme ressaí das disposições dos arts. 33 e 44 do Código Penal.

Ante o exposto, **não conheço** do agravo regimental.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0195115-4      **PROCESSO ELETRÔNICO**      **AgRg no**  
HC 364.200 / SP  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00566664620158260050 12392015 20160000168181 566664620158260050

EM MESA

JULGADO: 16/08/2016

#### **Relator**

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

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 : RODRIGO FREITAS  
ADVOGADO : RODRIGO FREITAS  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : GABRIEL HENRIQUE ARAUJO (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e  
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

#### **AGRAVO REGIMENTAL**

AGRAVANTE : GABRIEL HENRIQUE ARAUJO (PRESO)  
ADVOGADO : RODRIGO FREITAS  
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

#### **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 agravo regimental."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.