



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 343.449 - SP (2015/0304225-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GUILHERME DINIZ BARBOSA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE CAUAM AUGUSTO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADO A 1 ANO, 11 MESES E 10 DIAS DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO BASEADO NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. MODIFICAÇÃO PARA O REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. BENEFÍCIO NEGADO EM VIRTUDE DA HEDIONDEZ DO CRIME. FUNDAMENTO AFASTADO. *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, 11 meses e 10 dias 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.

– Ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

– Assim, afastada a hediondez do crime como critério para obstar a substituição da pena e preenchidos os pressupostos previstos no art. 44 do Código Penal, resulta cabível a conversão da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais, em virtude do trânsito em julgado da ação penal.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para modificar o regime de cumprimento da pena para o aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

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), 23 de fevereiro de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 343.449 - SP (2015/0304225-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GUILHERME DINIZ BARBOSA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE CAUAM AUGUSTO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de FELIPE CAUAM AUGUSTO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0034280-56.2014.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c/c art. 40, IV, da Lei n. 11.343/2006 às penas de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 388 dias-multa.

Inconformada, apelou a defesa. O Tribunal *a quo* proveu parcialmente o recurso defensivo para reduzir a pena de multa para 194 dias, mantida, no mais, a sentença (fls. 17/21).

Na presente impetração, a defesa sustenta haver constrangimento ilegal na manutenção do regime inicial fechado, apontando ausência de motivação idônea para a fixação de regime mais gravoso que o previsto no art. 33 do Código Penal.

Sustenta, também, que o paciente faz *jus* ao benefício da substituição da pena, na forma do art. 44 do Código Penal.

Diante disso, pede, liminarmente, que seja fixado o regime aberto e, no mérito, a confirmação da liminar e que seja substituída a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Pedido liminar deferido, conferindo ao paciente o direito de aguardar no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime aberto o julgamento do mérito do presente *writ* (e-STJ fls. 28/30).

Informações prestadas às e-STJ fls. 42/60 e 51/121.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela concessão da ordem (e-STJ fls. 44/46).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 343.449 - SP (2015/0304225-6)

VOTO

O EXMO. SR. 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.

Cumpre 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 fixação de regime menos gravoso para o cumprimento da pena bem como a substituição da pena corporal.

No caso, o paciente foi condenado como incurso no art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Ao fixar as reprimendas, o sentenciante estabeleceu a pena-base no mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Na segunda fase, as penas permaneceram inalteradas, devido ao óbice da Súmula n. 231/STJ. Por fim, a pena foi aumentada em 1/6, ante a causa de aumento do art. 40, VI, e, reconhecida a figura do tráfico privilegiado, foi reduzida na fração de 2/3, restando a pena definitiva em 1 (um) ano, 11 (onze)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

meses e 10 (dez) dias de reclusão e 388 (trezentos e oitenta e oito) dias-multa. Na ocasião, foi estabelecido o regime fechado e negada a substituição da pena corporal com base na seguinte fundamentação:

A pretensão da defesa de ter a pena privativa de liberdade substituída por sanção restritiva de direito não merece acolhida, pois essa última é instrumento destinado a evitar a retirada do convívio social de condenados por delitos de menor potencial ofensivo, situação bem diversa da hipótese vertente, que trata de crime classificado como hediondo, cuja prática revela toda a temibilidade do agente, a impor resguardo da sociedade com o efetivo desconto da sanção carcerária, revelando, assim, ser a substituição de todo incompatível com os propósitos traçados pela legislação especial. Frise-se que o réu, ainda jovem (19 anos), abandonou os estudos e não trabalha, tanto que já se envolveu em desentendimentos familiares justamente “porque não quer nada com nada”. A substituição da pena corporal por pena alternativa funcionará como verdadeiro estímulo para o acusado persistir na prática delitiva, não sendo, pois, socialmente recomendável.

Fixo, por fim, o regime fechado para início do cumprimento da pena, consoante regra do art. 2º, §1º da Lei 8072/90, conforme redação que lhe foi atribuída pela Lei 11.464/07, redação esta que afastou o vício de inconstitucionalidade que maculava o texto original da lei. E outro não pode o regime que não o inicial fechado. Inclusive já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça que “a quantificação da pena-base no mínimo legal não impõe necessariamente o regime prisional mais brando, apesar da identidade de critérios legais de aplicação daquela e fixação deste (CP, arts 33, §2º, 59 e 68). A gravidade do crime e a periculosidade do agente são circunstâncias aptas a realizar a preterição de um regime mais brando (semiaberto) para o mais rigoroso (fechado) (STJ-RHC 9293/SP, 6ª Turma, rel Min Fernando Gonçalves). E, neste tocante, devem ser consideradas as consequências nefastas do crime, que desmantela famílias inteiras, a começar pela do próprio acusado (e-STJ fls. 14/15).

O Tribunal de origem, por sua vez, ao julgar o apelo defensivo, deu provimento parcial ao recurso defensivo apenas para reduzir a pena pecuniária para 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa e, quanto ao regime e à substituição da pena, o voto condutor do acórdão assentou que:

O regime inicial fechado é o único compatível com o delito de tráfico de entorpecentes, equiparado aos hediondos, que tantas mazelas sociais tem proporcionado, pois trata-se de crime que fomenta outras espécies de ilícitos penais, provoca a degradação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do indivíduo e da família brasileira, desvia a juventude da busca de objetivos lícitos e produtivos em favor bem comum, tudo em troca de um único escopo, o lucro do traficante.

Quem promove este sistema e estimula a degradação alheia concretiza tais malefícios em desfavor da sociedade e, por isso, merece repressão severa.

Sob os mesmos fundamentos, não se cogita de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (e-STJ fl. 21).

Como é cediço, em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistia 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, pela leitura dos excertos acima transcritos, 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.

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, 11 meses e 10 dias de reclusão), a primariedade do acusado 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:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

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 é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. 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.

3. Considerando a quantidade de pena imposta (1 ano, 11 meses e 10 dias), 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.

(...)

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, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais. (HC 320.015/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 15/09/2015) - (grifei).

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.

Pela leitura da sentença e do acórdão recorridos acima transcritos, observa-se que foi indeferida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos também com fundamento na hediondez e na gravidade abstrata do crime,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

configurando, assim, constrangimento ilegal suscetível de controle por esta via constitucional.

Assim, afastada a hediondez do crime como critério para obstar a substituição da pena e preenchidos os pressupostos previstos no art. 44 do Código Penal, resulta cabível a conversão da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais, em virtude do trânsito em julgado da ação penal n. 0034280-56.2014.8.26.0050, ocorrido, para a defesa, em 14/1/2016, consoante informação colhida no *site* do Tribunal de origem.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem de ofício**, apenas para, confirmando a liminar deferida, modificar o regime de cumprimento da pena para o aberto, nos termos do art. 33, §§ 2º, "c", e 3º, do CP, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0304225-6

HC 343.449 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00342805620148260050 20150000626363 342805620148260050

EM MESA

JULGADO: 23/02/2016

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

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GUILHERME DINIZ BARBOSA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE CAUAM AUGUSTO

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

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.