



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 356.550 - SP (2016/0128501-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : MAILANE RAMOS DOS SANTOS RODRIGUES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : IGOR OTTONI PINTO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. REGIME SEMIABERTO. ADEQUADO. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. Pelo princípio da *non reformatio in pejus*, o recorrente tem o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente, quando se tratar de recurso exclusivo. Ressalvado meu entendimento pessoal sobre a matéria, em julgados recentes, a Sexta Turma tem decidido no sentido de que não fere o princípio em comento a adoção pelo Tribunal de motivação própria sobre as questões jurídicas ampla e contraditoriamente debatidas no juízo *a quo*, não se tratando de inovação indevida, desde que não agravada a situação do réu.

3. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

4. Não obstante a reprimenda final do paciente seja inferior a 4 anos, é inviável a fixação do regime inicial aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, diante da quantidade, a natureza e a diversidade das substâncias entorpecentes apreendidas (art. 42 da Lei n.º 11.343/06).

5. "Estando a pena em concreto estipulada em patamar alcançado pelo regime aberto (art. 33, § 2º, "c", do Código Penal), ainda que existente circunstância judicial desfavorável, mostra-se desproporcional o estabelecimento de regime fechado para o cumprimento da pena, uma vez que o regime semiaberto já se afigura como mais gravoso que aquele previsto na lei" (AgRg no AREsp 615.877/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, QUINTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 04/08/2015).

6. *In casu*, tendo sido o paciente condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, com a pena-base fixada acima do mínimo legal em razão da existência de circunstâncias judiciais valoradas negativamente (quantidade e qualidade dos entorpecentes apreendidos), revela-se mais adequada a imposição do regime semiaberto para o inicial cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente na Ação Penal n.º 0001975-25.2014.8.26.0048.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 18 de agosto de 2016(Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 356.550 - SP (2016/0128501-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : MAILANE RAMOS DOS SANTOS RODRIGUES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : IGOR OTTONI PINTO (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de IGOR OTTONI PINTO, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal nº 0001975-25.2014.8.26.0048).

Depreende-se dos autos, que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 3 anos e 4 meses de reclusão, em **regime inicial fechado**, e pagamento de 333 dias-multa, pela prática descrita no artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006.

Irresignada a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao recurso tão somente para redefinir a dosimetria penal, tornando definitiva a **pena do paciente em 1 ano e 8 meses de reclusão em regime fechado**.

No que interessa transcrevo os seguintes excertos do acórdão impugnado:

"Por outro lado, as penas merecem reparo.

As penas-base foram fixadas acima do mínimo cominado, em razão da natureza, quantidade e diversidade das drogas.

Na segunda fase, tornaram ao mínimo, porque relativamente menores.

Na terceira fase, presentes os requisitos para a redução da pena, aplicou-se a fração de 1/3, em função da quantidade e diversidade das drogas.

Tal raciocínio configura inaceitável "bis in idem", sendo de rigor a redução na fração máxima, pois presentes seus pressupostos.

(...)

Quanto à substituição da pena corporal por restritiva de direitos, muito embora, em tese, possível, esta Câmara tem como regra a **incompatibilidade da benesse ao condenado por crime hediondo, ainda que por equiparação, não em função de impeditivo legal, mas pela periculosidade social presumida**, incompatibilizando o autor do crime com atividades comunitárias ou assistenciais, na medida em que o recoloca em contato direto com grupo suscetível ao seu assédio.

No caso concreto, **observe-se, ainda, a natureza de uma das drogas apreendidas (cocaína), em quantidade razoável, a denotar contornos de maior gravidade ao tráfico de drogas.**

Ora, o artigo 44 do Código Penal, em seu inciso III, expõe elementos a serem considerados quando da substituição da pena corporal por restritiva de direitos, consignando ao final a necessidade de que a substituição seja



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"suficiente", o que não se vislumbra, repita-se, neste feito.

Desde já, ressalte-se que não se trata de decisão contrária à do Supremo Tribunal Federal, mas sim de resultado da análise acerca do cabimento ou não da substituição prevista no citado artigo 44, a qual, no caso em comento, é incompatível, pelos motivos expostos.

O mesmo se diga quanto ao regime prisional, que não pode ser outro que não o fechado, seja por aplicação do § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, com alteração dada pela Lei n. 11.464/07, seja por incompatibilidade da benesse ao condenado por crime hediondo, ainda que por equiparação, pela periculosidade social presumida, tudo a exigir a imposição de regime mais rigoroso para o início de cumprimento da reprimenda.

Nessa conformidade, dá-se parcial provimento aos apelos, para fixar aos réus as penas de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 166 dias-multa". (fls.25/27 - grifei).

No presente *mandamus*, a impetrante sustenta a existência de constrangimento ilegal consubstanciado no estabelecimento do regime prisional fechado, bem como na negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos com base apenas na gravidade em abstrato e hediondez do delito, circunstância que viola o teor das Súmulas 719 e 719 do Supremo Tribunal Federal e 440 do STJ.

Alega que o paciente é primário e que o *quantum* da pena autorizaria a fixação do regime aberto, para início do cumprimento da pena privativa de liberdade, bem como a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Requer, liminarmente e no mérito, que seja fixado o regime inicial aberto, bem como substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A liminar foi deferida, em menor extensão do que a pretendida pela defesa, para que o paciente pudesse aguardar em regime semiaberto o julgamento definitivo deste *writ*.

As informações foram prestadas às fls. 59/70.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Laura Cristina Fonseca Frischeisen, manifestou-se pelo "não conhecimento do *writ* e a concessão da ordem de ofício para que seja fixado o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena imposta" (fls. 73/81).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 356.550 - SP (2016/0128501-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. REGIME SEMIABERTO. ADEQUADO. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.
2. Pelo princípio da *non reformatio in pejus*, o recorrente tem o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente, quando se tratar de recurso exclusivo. Ressalvado meu entendimento pessoal sobre a matéria, em julgados recentes, a Sexta Turma tem decidido no sentido de que não fere o princípio em comento a adoção pelo Tribunal de motivação própria sobre as questões jurídicas ampla e contraditoriamente debatidas no juízo *a quo*, não se tratando de inovação indevida, desde que não agravada a situação do réu.
3. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.
4. Não obstante a reprimenda final do paciente seja inferior a 4 anos, é inviável a fixação do regime inicial aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, diante da quantidade, a natureza e a diversidade das substâncias entorpecentes apreendidas (art. 42 da Lei n.º 11.343/06).
5. "Estando a pena em concreto estipulada em patamar alcançado pelo regime aberto (art. 33, § 2º, "c", do Código Penal), ainda que existente circunstância judicial desfavorável, mostra-se desproporcional o estabelecimento de regime fechado para o cumprimento da pena, uma vez que o regime semiaberto já se afigura como mais gravoso que aquele previsto na lei" (AgRg no AREsp 615.877/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, QUINTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 04/08/2015).
6. *In casu*, tendo sido o paciente condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, com a pena-base fixada acima do mínimo legal em razão da existência de circunstâncias judiciais valoradas negativamente (quantidade e qualidade dos entorpecentes apreendidos), revela-se mais adequada a imposição do regime semiaberto para o inicial cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.
7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente na Ação Penal n.º 0001975-25.2014.8.26.0048.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relator):

Destaco, inicialmente, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente, a ensejar a concessão de ordem de ofício.

A questão trazida a deslinde abarca os pleitos de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e de fixação do regime aberto para o inicial cumprimento de pena.

De saída, impende salientar que, tanto a estipulação do regime inicial fechado - contida no § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072, que fora alterado pela Lei n.º 11.464/07 - quanto a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - prevista no art. 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 - foram superadas pelo Pretório Excelso em decisões recentes. A esse respeito, confira-se o teor do Informativo n.º 569 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

A Turma, superando a restrição fundada no Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu *habeas corpus* a condenado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33) para determinar que tribunal de justiça substitua a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos ou, havendo reversão, que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade se dê no regime aberto. Assentou-se que a quantidade de pena imposta – 3 anos –, não constando circunstâncias desfavoráveis ao paciente, que não registra antecedentes, permitiria não só que a pena tivesse início no regime aberto (CP, art. 33, § 2º, c), mas, também, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º, segunda parte). HC 101291/SP, Rel. Min. Eros Grau, 24.11.2009. (HC-101291)

O citado *writ* possui esta ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVE DO QUE O PREVISTO EM LEI. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCEÇÃO À SÚMULA 691.

Tráfico de entorpecentes. Fixação da pena. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena fixada em quantidade que permite a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos ou o início do cumprimento da pena no regime aberto. Imposição, não obstante, de regime fechado. Constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula 691/STF. Ordem concedida. (HC n.º 101.291/SP; Relator(a): Ministro Eros Grau; Julgamento: 24/11/2009; Segunda Turma; DJe-027 - 12-02-2010)

Diante disso, a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantum de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal (HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 1º de setembro de 2010, se pronunciou sobre a matéria, no HC n.º 97.256, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, prevalecendo, por 6 votos a 4, o entendimento aqui expandido, no sentido de ser inconstitucional o dispositivo da Lei n.º 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Convém sublinhar que o Senado Federal, no exercício da atribuição que lhe foi conferida pelo art. 52, inciso X, da Magna Carta, editou, em 15.2.2012, a Resolução n.º 05/2012, suspendendo a execução de excerto da Lei n.º 11.343/06 referente à expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" - contida no § 4º, do art. 33, declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos supra mencionado HC n.º 97.256. Confira-se:

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus n.º 97.256/RS.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Registre-se, por oportuno, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em sessão extraordinária realizada no dia 27.6.2012, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07. Confira-se:

"*Habeas corpus*. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n.º 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei n.º 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/07, o qual determina que *"a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado"*. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado." (HC n.º 111.840/ES; Relator(a): Ministro Dias Toffoli; Julgamento: 27/06/2012; Tribunal Pleno)

Assim, restaram superadas pela Suprema Corte e por este Tribunal Superior a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.

No caso em tela, constou da fundamentação da sentença proferida pelo Juízo singular (fls. 18/20):

(...)

A exemplo de Júlio César, Igor é réu primário e não ostenta maus antecedentes. Culpabilidade normal à espécie, nada tendo a valorar. Nada a considerar sobre sua conduta social e personalidade. Quanto aos motivos do crime, são os comuns ao do tráfico. **Quanto à natureza e quantidade do produto, foi apreendida grande quantidade de dois tipos distintos de entorpecentes: cocaína e maconha.** Ambas as drogas estão, a cada dia, mais presentes no seio social, e, como já dito, existem inúmeros estudos indicando seu potencial destrutivo e viciante. Por tal razão, sua comercialização deve ser exemplarmente repreendida (artigo 42, Lei 11.343/06). Culpabilidade normal à espécie, nada tendo a valorar. As consequências são as normais ao tráfico.

Assim, com base no exposto nesta primeira fase da dosimetria, considerando a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, ante a grande quantidade de entorpecente encontrada, sua variedade e poder lesivo, fixo a pena-base acima do mínimo legal, em 05 anos e 10 meses de reclusão, e 583 dias-multa.

Considerando que o acusado auferia R\$ 1.200,00 mensais (fls. 196), levando-se em conta que o valor da diária deve corresponder a 1/30 avos dos rendimentos do réu, o valor deve ser fixado em R\$ 40,00, com valor total da pena de multa atualizado nos termos do art. 49, §2º, do Código



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal.

Na segunda fase da dosimetria, de rigor o reconhecimento da atenuante prevista no artigo 65,1 do Código Penal (réu menor de 21 anos à época do crime), razão pela qual reduzo sua pena em 1/6, a qual voltará ao mínimo legal, ou seja 05 anos de reclusão e 500 dias-multa, não sendo possível, nesta fase, diminuí-la aquém do mínimo legal, nos termos da Súmula de nº 231 do STJ. Não há agravantes.

Na terceira fase da dosimetria penal, não há causas de aumento. Está presente, contudo, a causa de diminuição prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06. O réu é primário, não ostenta maus antecedentes e não há informações de que integre organização criminosa ou se dedique a atividades da estirpe. A diminuição, entretanto, se dará no patamar de 1/3. Tal redução é concedida em menor grau em virtude da grande quantidade de entorpecente apreendida, sua variedade maconha e cocaína e poder lesivo (são potencialmente lesivas e causadoras de dependência severa em seus usuários). Com isso, a pena é diminuída ao patamar de 03 anos e 04 meses de reclusão, e 333 dias-multa.

Ex vi legis iniciarão, ambos, o cumprimento da pena em regime fechado.

Ficam vedados, ainda, quaisquer outros benefícios.

O tráfico de entorpecentes é das atividades mais danosas hodiernamente, envolvendo e ferindo direitos e garantias fundamentais das pessoas, razão pela qual entendo que seus praticantes devem permanecer afastados do convívio em sociedade.

O risco de reiteração da conduta criminosa já se evidenciou como alto, justificando a prisão, mais do que simples caráter corretivo e punitivo, para garantia da ordem pública.

Assim é que se decide.

O Tribunal *a quo* reduziu a pena aplicada ao paciente para o patamar de 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, porém negou-lhe a substituição do artigo 44 do CP, bem como manteve o regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda, acrescentando a seguinte fundamentação (fls. 25/27):

(...)

Por outro lado, as penas merecem reparo.

As penas-base foram fixadas acima do mínimo cominado, em razão da natureza, quantidade e diversidade das drogas.

Na segunda fase, tornaram ao mínimo, porque relativamente menores.

Na terceira fase, presentes os requisitos para a redução da pena, aplicou-se a fração de 1/3, em função da quantidade e diversidade das drogas.

Tal raciocínio configura inaceitável "*bis in idem*", sendo de rigor a redução na fração máxima, pois presentes seus pressupostos.

Nesse sentido:

(...)

Quanto à substituição da pena corporal por restritiva de direitos, muito embora, em tese, possível, esta Câmara tem como regra a incompatibilidade da benesse ao condenado por crime hediondo, ainda que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por equiparação, não em função de impeditivo legal, mas pela periculosidade social presumida, incompatibilizando o autor do crime com atividades comunitárias ou assistenciais, na medida em que o recoloca em contato direto com grupo suscetível ao seu assédio.

No caso concreto, observe-se, ainda, a natureza de uma das drogas apreendidas (cocaína), em quantidade razoável, a denotar contornos de maior gravidade ao tráfico de drogas.

Ora, o artigo 44 do Código Penal, em seu inciso III, expõe elementos a serem considerados quando da substituição da pena corporal por restritiva de direitos, consignando ao final a necessidade de que a substituição seja 'suficiente', o que não se vislumbra, repita-se, neste feito.

Desde já, ressalte-se que não se trata de decisão contrária à do Supremo Tribunal Federal, mas sim de resultado da análise acerca do cabimento ou não da substituição prevista no citado artigo 44, a qual, no caso em comento, é incompatível, pelos motivos expostos.

O mesmo se diga quanto ao regime prisional, que não pode ser outro que não o fechado, seja por aplicação do § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, com alteração dada pela Lei n. 11.464/07, seja por incompatibilidade da benesse ao condenado por crime hediondo, ainda que por equiparação, pela periculosidade social presumida, tudo a exigir a imposição de regime mais rigoroso para o início de cumprimento da reprimenda.

Nessa conformidade, dá-se parcial provimento aos apelos, para fixar aos réus as penas de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 166 dias-multa.

Cumpre esclarecer, inicialmente, que me filio ao posicionamento de que não é dado ao Tribunal, em recurso exclusivo do réu, reexaminar as circunstâncias judiciais, eis que a referida prática violaria o princípio do *ne reformatio in pejus*. Isso porque a Corte estadual deveria, tão somente, apreciar a legalidade dos fundamentos da sentença e não criar nova análise que possa trazer prejuízo à situação do condenado.

Nesta senda, em recurso exclusivamente defensivo, não seria possível ao Tribunal modificar o entendimento do Juízo singular em prejuízo do réu, ainda que o resultado final não seja mais gravoso que o prolatado em primeiro grau de jurisdição.

Entretanto, considerando os recentes julgados da Sexta Turma, nos quais fiquei vencida, juntamente com o Ministro Sebastião Reis Júnior, penso ser o caso de ressaltar o meu entendimento, tendo em vista, inclusive, o julgamento do HC n.º 304.886/SP, ocorrido na sessão de 24.2.2015. Eis o teor da ementa:

HABEAS CORPUS. ROUBO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. REGIME INICIAL FECHADO. DADOS FÁTICOS CONCRETOS. MODO MAIS BRANDO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO. FUNDAMENTOS NOVOS. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as diretrizes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a gravidade concreta do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo *quantum* da pena.

2. Não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime – **na espécie, o emprego de arma de fogo, que gerou temor na vítima, e o disparo efetuado pelo comparsa** –, ainda que o agente seja primário e o *quantum* da pena seja inferior a oito anos (art. 33, § 3º, do CP).

3. A proibição de reforma para pior garante ao recorrente, na espécie ora versada, o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente. **Não obsta, entretanto, que o tribunal, para dizer o direito** – exercendo, portanto, sua soberana função de *juris dictio* – encontre motivação própria, respeitada, insisto, a imputação deduzida pelo órgão de acusação, a extensão cognitiva da sentença impugnada e os limites da pena imposta no juízo de origem.

4. Não há que se invalidar o julgamento de apelação em que o tribunal – no exercício de sua jurisdição, obrigado, por imposição constitucional, a indicar as razões de sua convicção (art. 93, IX, da C.R.), e no âmbito da devolutividade plena inerente ao recurso em apreço – melhor explicita as circunstâncias judiciais reconhecidas de modo mais sucinto na sentença impugnada exclusivamente pela defesa, respeitados o limite da pena fixada em primeiro grau e o espectro fático-jurídico sobre o qual se assentou a decisão recorrida, para, ao final, manter o regime fechado para início do cumprimento da pena.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

No mesmo sentido decidiu a Sexta Turma nos autos do HC n.º 254.070/SP e do HC n.º 275.110/SP, ambos de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz.

Desse modo, embora ainda comungue da compreensão inicialmente explanada, curvo-me ao recente entendimento do Colegiado.

Nessa esteira de inteligência, entende-se que o efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar sobre a dosimetria, a examinar as circunstâncias judiciais e rever todos os aspectos da individualização da pena deliberados no édito condenatório, seja para manter ou reduzir a sanção imposta em primeira instância, bem como para analisar as demais circunstâncias satelitárias, tais como a fixação do regime inicial de cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, como sói ser a hipótese dos autos.

Assim, considera-se possível nova ponderação dos fatos e circunstâncias em que se deu a conduta criminosa pelo Tribunal *a quo*, mesmo tratando-se de recurso exclusivamente defensivo, sem que se incorra em *reformatio in pejus*, desde que não seja agravada a situação do réu, tal como no caso em testilha.

Dito isso, denota-se que, apesar de a reprimenda final imposta ao paciente ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inferior a 4 anos, é inviável a fixação do regime inicial aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, diante da quantidade e da natureza das substâncias entorpecentes apreendidas.

Com efeito, é imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do artigo 42 da Lei n.º 11.343/06, no sentido de que o juiz "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

Como se observa do acórdão objurgado, diante das peculiaridades do caso concreto - apreensão de 21 pinos de cocaína e 25 porções de maconha (fl. 23) -, foi necessária uma resposta penal mais efetiva, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta, porquanto as circunstâncias concretas do caso em testilha demonstram que regime inicial mais brando não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento.

Entendo, entretanto, ser **desproporcional a imposição do regime inicial fechado**, tendo em vista o *quantum* da reprimenda imposta ao paciente - **1 (um) e 08 (oito) meses de reclusão**. No caso, o regime mais gravoso a ser admitido é o semiaberto, pois "estando a pena em concreto estipulada em patamar alcançado pelo regime aberto (art. 33, § 2º, "c", do Código Penal), ainda que existente circunstância judicial desfavorável, mostra-se desproporcional o estabelecimento de regime fechado para o cumprimento da pena, uma vez que o regime semiaberto já se afigura como mais gravoso que aquele previsto na lei" (AgRg no AREsp 615.877/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, QUINTA TURMA, julgado em 30/06/2015, Dje 04/08/2015).

Assim, tendo sido o paciente condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, com a pena-base fixada acima do mínimo legal em razão da existência de circunstâncias judiciais valoradas negativamente (quantidade e qualidade dos entorpecentes apreendidos), revela-se mais adequada a imposição do regime semiaberto para o inicial cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Confirmam-se neste sentido os seguintes arestos:

"HABEAS CORPUS. ART. 155, § 4.º, I, II E IV, DO CÓDIGO PENAL. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. CONDENAÇÃO DEFINITIVA ANTERIOR. ART. 28 DA LEI 11.343/06. MERA DESPENALIZAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES. CONFIGURAÇÃO. PENA DEFINITIVA FIXADA EM PATAMAR INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME INICIAL SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. PENA CORPORAL. SUBSTITUIÇÃO. RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

5. Nos termos dos artigos 33 e 59 do Código Penal, estabelecida a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprimenda em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, é adequada a estipulação do regime inicial semiaberto, eis que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, diante de circunstância judicial desfavorável.

(...)

7. *Writ* não conhecido".

(HC 252.688/RJ, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 15/04/2014)

"*HABEAS CORPUS*. ESTELIONATO. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGALMENTE PREVISTO. MANUTENÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. DESFAVORABILIDADE. MONTANTE DE PENA APLICADO. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA. SUFICIÊNCIA PARA A PREVENÇÃO E REPRESSÃO DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

(...)

1. Não há ilegalidade na fixação do modo inicial semiaberto de execução quando, não obstante a pena tenha sido definitivamente fixada em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, constata-se a desfavorabilidade da circunstância judicial das consequências do delito, ante o considerável prejuízo suportado pela vítima, indicando que o regime semiaberto para o início do desconto da sanção privativa de liberdade mostra-se justificado e é o mais adequado para a prevenção e repressão do crime denunciado.

(...)

3. Ordem denegada".

(HC 220.727/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 24/09/2012)

"*HABEAS CORPUS*. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PACIENTE PRIMÁRIA. FIXAÇÃO DE REGIME SEMIABERTO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. PENA-BASE ESTABELECIDACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL.

1. Apesar de o *quantum* da pena ter sido fixado em patamar inferior a 4 anos e não obstante seja a paciente primária e tenha bons antecedentes, estabelecida a pena-base acima do mínimo legal em razão de circunstância judicial negativa devidamente fundamentada - prejuízo financeiro da vítima -, não há ilegalidade na fixação do regime inicial semiaberto.

2. Ordem denegada".

(HC 163.148/SP, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 06/08/2012)

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo a ordem, de ofício**, ratificando a liminar anteriormente deferida, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º 0001975-25.2014.8.26.0048.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0128501-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 356.550 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00019752520148260048 19752520148260048 20160000233657

EM MESA

JULGADO: 18/08/2016

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA	: MAILANE RAMOS DOS SANTOS RODRIGUES DE OLIVEIRA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: IGOR OTTONI PINTO (PRESO)
CORRÉU	: JULIO CESAR LACERDA BRITO

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.