



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 377.538 - SP (2016/0290889-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : AKIRA KOZA PALMIERI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TATIELI APARECIDA GOMES

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedente.

2. Contudo, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 11.464/2007. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE MODO DIVERSO DO FECHADO. DESPROPORCIONALIDADE AO *QUANTUM* FINAL DA PENA. ALTERAÇÃO PARA O MODO SEMIABERTO. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.464/2007, 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 artigo 33 do Código Penal.

2. No caso dos autos, a Corte de origem manteve o modo inicial fechado baseando-se na previsão contida na hediondez e na suposta gravidade do crime, a despeito de a reprimenda ter sido estabelecida em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão.

3. Entretanto, afastado o fundamento relativo à hediondez do crime, é possível o estabelecimento do modo semiaberto como inicial à execução da pena, o qual se mostra devido e suficiente à prevenção e à repressão do crime versado, em razão da sua apontada reprovabilidade.

4. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de alterar o regime inicial para o semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de junho de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 377.538 - SP (2016/0290889-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : AKIRA KOZA PALMIERI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TATIELI APARECIDA GOMES

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de TATIELI APARECIDA GOMES contra acórdão proferido pela 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento à Apelação n. 0008291-70.2014.8.26.0269, mantendo sua condenação à pena de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado e pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, pela prática do crime descrito no art. 33, *caput*, e § 4º, c/c com o art. 40, inciso VI, ambos da Lei n. 11.343/06.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que a gravidade abstrata do ilícito seria motivo inidôneo para o estabelecimento do regime inicial mais gravoso, haja vista a favorabilidade das circunstâncias judiciais e a pena imposta.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja mitigado o regime inicial para o aberto.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da impetração ou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 377.538 - SP (2016/0290889-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO.

CONCURSO MATERIAL. CONCLUSÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS NO SENTIDO DE QUE AS CONDUTAS PRATICADAS TINHAM DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. INVERSÃO DO JULGADO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO.

IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

(...)

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 366.638/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 29/08/2016)

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Infere-se dos autos que a paciente foi condenada à pena de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado e pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, pela prática do crime descrito no art. 33, *caput*, e § 4º, c/c com o art. 40, inciso VI, ambos da Lei n. 11.343/06, porque:

"[...] em data incerta, porém, anterior ao dia 04 de agosto de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2014, nesta cidade e Comarca, ANA PAULA RODRIGUES DELAROLE, qualificado a fls. 22, TATIELI APARECIDA GOMES, qualificada a fls. 30, e a adolescente Vitória Suelen Xavier Mariano, associaram-se para o fim de praticar, reiteradamente, o crime de tráfico ilícito de drogas, tipificado no artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06.

Consta, ainda, do incluso inquérito policial, que, no dia 04 de agosto de 2014, por volta das 22h15, na RUa Lauro Batista Santos, nº29, Vila Prado, nesta cidade e Comarca, ANA PAULA RODRIGUES DELAROLE, qualificado a fls./ 22, C TATIELI APARECIDA GOMES, qualificada a fls. 30, e ;a adolescente Vitória Suelen Xavier Mariano, agindo era concurso de agentes e com unidade de desígnios, guardavam, para fins de tráfico, droga consistente em 54,61g (cinquenta e quatro gramas e sessenta e um centigramas) de "crack", divididas em 59 pedras, embaladas em invólucros de papel alumínio, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 18/19 e laudo de constatação preliminar de fls. 20." (e-STJ fls. 10/11)

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte de origem, a qual lhe negou provimento, mantido, na íntegra, o édito condenatório.

No que concerne ao regime inicial de execução da reprimenda, o magistrado singular estabeleceu o modo mais gravoso, nos seguintes termos, a saber:

"Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos por restarem não atendidos os requisitos do art.44 do Código Penal; o regime de cumprimento fixado para o tráfico de entorpecentes, e a própria natureza do delito, que é móvel de grande parte de outros crimes cometidos para a manutenção do vício, impedem a concessão da benesse por restar desatendido o inciso III do dispositivo legal retro mencionado.

[...]

Fixo, como regime inicial de cumprimento de pena, observadas as colocações feitas por ocasião da não substituição da pena privativa, o REGIME FECHADO, único que se mostra compatível com a gravidade do delito e sua potencialidade lesiva." (e-STJ fls. 154/155)

O Tribunal de origem, por sua vez, no julgamento do recurso de apelação, manteve o fechado com o seguinte fundamento, *in verbis*:

"O regime prisional inicial fechado é de rigor e fica mantido,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pois segundo o entendimento desta Relatora, é o único compatível com o delito de tráfico de entorpecentes, equiparado aos hediondos, que tantas mazelas sociais tem proporcionado, tratando-se de crime que fomenta outras espécies de ilícitos penais, provoca a degradação do indivíduo e da família, 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." (e-STJ fl. 245).

Da leitura do excerto acima transcrito, vê-se que, na hipótese, embora a reprimenda tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, o Tribunal de origem manteve o modo fechado com esteio na previsão contida no § 1º, do artigo 2º, da Lei 8.072/1990 e na suposta gravidade da conduta.

Acerca do tema, cumpre observar que a nova redação dada ao mencionado dispositivo legal, que estabelecia a obrigatoriedade de cumprimento inicial da pena no modo fechado, nos casos de condenação pelo delito do art. 33 da Lei de Drogas, foi declarada, por maioria de votos e de forma incidental, inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do HC 111.840, da Relatoria do Exmo. Sr. Ministro Dias Toffoli, ocorrido em 27.6.2012, por entender-se que o dispositivo contraria a Constituição Federal, especificamente no ponto que trata do princípio da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI), devendo o regime prisional, então, ser fixado de acordo com o previsto no art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal.

Como sabido, o controle incidental de constitucionalidade, também chamado doutrinariamente de controle por via difusa, por via de defesa, ou por via de exceção, se dá em qualquer instância judicial, por juiz ou tribunal, em casos concretos, comuns e rotineiros, e ocorre quando uma das partes questiona a Justiça sobre a constitucionalidade de determinada norma.

Certo também que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade pela via difusa são restritos ao processo e às partes, e, via de regra, retroagem desde a origem do ato subordinado à inconstitucionalidade da lei/norma assim declarada.

Entretanto, tendo a inconstitucionalidade sido declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe a interpretação da Constituição Federal, deve ser seguida a orientação dada pela Corte Suprema.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, e considerando-se a declaração de inconstitucionalidade, ainda que por maioria de votos e de forma incidental, da nova redação dada ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 pela Lei 11.464/07, deve o regime prisional ser fixado de acordo com os ditames do art. 33, § 2º e 3º, c/c art. 59 do Código Penal.

Assim, afastado o fundamento relativo à hediondez do crime, tendo em vista a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, o *quantum* final de pena aplicada, mas considerando-se a quantidade de droga apreendida - **54,6 g de crack (e-STJ fl. 150)**, entende-se proporcional a escolha do regime inicial semiaberto, haja vista que a manutenção do modo fechado implicaria duplo agravamento na situação prisional do paciente, conforme disposto no art. 33 do Código Penal.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ELEMENTOS INIDÔNEOS. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do 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.

2. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

3. Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do delito, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, para afastar a aplicação da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

4. Hipótese as instâncias antecedentes, de forma motivada, atentas as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, consideraram a natureza e a quantidade de droga apreendida em local



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conhecido como boca de fumo - 113 invólucros de cocaína (83g) -, exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria da pena, para fazer incidir a minorante em 1/3, o que não se mostra desproporcional.

5. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.

6. Embora o paciente seja primário e sejam favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o modo semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave, segundo o quantum da sanção aplicada) é o adequado e suficiente ao cumprimento da pena reclusiva de 3 anos e 4 meses de reclusão, tendo em vista a quantidade e a natureza dos entorpecentes, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do CP, c.c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

7. 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 delito. Precedentes.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto.

(HC 388.445/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 11/05/2017)

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do *writ*, concedendo-se, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, a fim de alterar o regime inicial para o semiaberto, mantidos os demais termos do acórdão objurgado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0290889-4

HC 377.538 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00082917020148260269 20160000641669 82917020148260269

EM MESA

JULGADO: 27/06/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: AKIRA KOZA PALMIERI
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: TATIELI APARECIDA GOMES
CORRÉU	: ANA PAULA RODRIGUES DELAROLE

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.