



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 283.107 - SP (2013/0389659-9)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : REGINALDO JOAQUIM ARCANJO

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. **1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRÁFICO DE DROGAS. OBRIGATORIEDADE DO REGIME FECHADO AFASTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ILEGALIDADE CONSTATADA. 3. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. 4. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.**

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir *habeas corpus* que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente – a ser sanado mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício –, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. Existe constrangimento ilegal, a ser reparado mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício, quando o regime fechado de cumprimento de pena é fixado com base apenas no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007.

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao analisar o HC n. 97.256, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do disposto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas e no art. 44 do mesmo diploma normativo, que impossibilitava a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. A disposição declarada inconstitucional foi objeto, ainda, da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal, que suspendeu sua execução. Assim, para que se aplique o benefício da substituição, o magistrado deve identificar o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 44 do Código Penal, invocando ainda o art. 59 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/06.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Tribunal de origem reavalie, à luz do novo entendimento, o regime inicial de cumprimento da reprimenda imposta ao paciente, assim como o benefício de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 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 Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de abril de 2014 (data do julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 283.107 - SP (2013/0389659-9)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Reginaldo Joaquim Arcanjo, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, pela prática da conduta descrita no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, no regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

As partes recorreram da sentença. O Ministério Público pediu "o afastamento do benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06" e a defesa postulou "a absolvição por insuficiência de provas ou desclassificação para porte para uso próprio", alternativamente, pleiteou a "fixação do regime aberto com a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos" (fl. 44).

O órgão fracionário do Tribunal de origem negou provimento ao recurso defensivo e deu parcial provimento ao apelo ministerial "apenas para exasperação das penas a 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mais 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa" (fl. 42).

A impetrante alega, no presente *habeas corpus*, que o regime inicial fechado foi fixado com base na gravidade abstrata do delito, contrariando o disposto no enunciado n. 440 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Destaca que a pena-base foi fixada no piso legal e, diante da quantidade de pena aplicada, deve ser estabelecido o regime aberto, consoante dispõe o art. 33, § 2º, c, do Código penal.

Assegura, ainda, que o paciente preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, razão pela qual faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, para estabelecer o regime inicial aberto e substituir a pena de reclusão por penas alternativas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 104/105.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus*, mas pela concessão parcial da ordem, de ofício, "apenas para que seja fixado o regime inicial aberto do cumprimento da pena e se garanta o direito de o Paciente ter convertida a pena privativa de liberdade contra si imposta por restritiva de direitos" (fl. 120).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 283.107 - SP (2013/0389659-9)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do *mandamus*, destacando-se que o *habeas corpus* é remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Assim, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário. A mudança jurisprudencial firmou-se a partir dos seguintes julgamentos: *Habeas Corpus* n. 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio; *Habeas Corpus* n. 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber; *Habeas Corpus* n. 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux; e *Habeas Corpus* n. 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli.

Entendo que boa razão têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do *writ*, cujas origens me parece terem sido esquecidas, sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

No entanto, apesar de não se ter utilizado, na espécie, do recurso previsto na legislação ordinária para a impugnação da decisão, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, passo a analisar as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente – a ser sanado mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício –, evitando-se, desse modo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

A Defensoria Pública sustenta que o regime inicial foi estabelecido em contrariedade às Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal e 440 do Superior Tribunal de Justiça.

Segundo consta da sentença, estes foram os motivos apresentados para estabelecer o regime inicial fechado (fl. 38):

Afixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena é medida de rigor, diante da previsão do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, o qual dispõe que os crimes hediondos e os assemelhados a tal, como o tráfico de entorpecentes, terão a pena cumprida em regime inicial fechado.

Ressalte-se que a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XLIII, determina um tratamento mais rigoroso a determinados delitos, dentre os quais os considerados hediondos e o de tráfico ilícito de entorpecentes.

Assim, o legislador ordinário, dentro das diretrizes fixadas pela Constituição Federal, estabeleceu que, nestes casos, dentre os quais se inclui o tráfico, o regime inicial de cumprimento da reprimenda deveria ser o fechado.

O Tribunal revisor manteve o entendimento firmado na sentença, aduzindo que "o regime prisional, diante do *quantum* aplicado e, principalmente, da gravidade e hediondez da conduta que, segundo a Constituição Federal deve ter tratamento mais severo, fica mantido na modalidade fechada que impede, ainda, a pleiteada substituição da reprimenda corporal por pena restritiva de direitos" (fl. 48).

Sobre esse tema, cumpre ressaltar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27 de junho de 2012, ao julgar o *Habeas Corpus* n. 111.840/ES, por maioria de votos, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os crimes hediondos e equiparados.

Confira-se, a propósito, a ementa do julgado:

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 nº 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.

Nesse julgamento, lembrou o Relator, Ministro Dias Toffoli, que, "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 com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado". Destacou, outrossim, "que 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".

Logo, independente de ser o crime hediondo ou a ele equiparado, quando da fixação do regime inicial de cumprimento de pena deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, o que não ocorreu no caso em apreço.

No presente caso, o regime mais rigoroso foi fixado com base apenas na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vedação imposta na Lei n. 8.072/1990. Assim, à luz do novo entendimento sobre a matéria, o pleito de modificação do regime inicial de cumprimento da pena deve ser revisto, estando configurado, neste ponto, o constrangimento ilegal.

Sobre o pedido de substituição da pena, cumpre destacar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao analisar o HC n. 97.256, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do disposto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas e no art. 44 do mesmo diploma normativo, que impossibilitava a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos. A disposição declarada inconstitucional foi objeto, ainda, da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal, que suspendeu sua execução.

Assim, para que se aplique o benefício da substituição, o magistrado deve identificar o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 44 do Código Penal, invocando ainda o art. 59 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/06.

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para determinar que o Tribunal de origem reavalie, à luz do novo entendimento, o regime inicial de cumprimento da reprimenda imposta ao paciente, assim como o benefício de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0389659-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 283.107 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00456689220128260577 20130000551806 456689220128260577

EM MESA

JULGADO: 24/04/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : REGINALDO JOAQUIM ARCANJO

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 Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.