



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.003 - SP (2016/0233770-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIEL MOBLEY GRILLO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLEITON PAULO DE OLIVEIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.

2. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação 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. Com base no julgamento do HC 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

4. Hipótese em que a sentença, mantida pelo acórdão impugnado, referiu-se apenas à natureza hedionda e à gravidade abstrata do tráfico de drogas para fixar o regime inicial fechado e negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. O *quantum* da condenação (1 ano e 8 meses), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea c, do CP, além da substituição por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritiva de direitos.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de 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, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de novembro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.003 - SP (2016/0233770-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIEL MOBLEY GRILLO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLEITON PAULO DE OLIVEIRA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de CLEITON PAULO DE OLIVEIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0008772-35.2015.8.26.0451).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, incidente a minorante prevista no § 4º do mesmo artigo (e-STJ fls. 158/165).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi improvido (e-STJ fls. 223/227).

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/10), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois manteve sentença condenatória que fixou o regime inicial fechado e obstou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com base na hediondez do delito. Aduz que o paciente foi condenado a pena não superior a 4 anos, é primário e possui circunstâncias judiciais favoráveis, razão pela qual faz jus ao regime aberto e à substituição por restritivas de direitos. Além disso, defende que o tráfico privilegiado não configura crime hediondo e que tem direito à progressão de regime, mediante a detração do tempo de prisão provisória, nos termos do § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal.

Ao final, liminamente e no mérito, pede a concessão da ordem para que o regime prisional seja alterado para aberto, substituindo-se a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O pedido liminar foi deferido em parte (fls. 239/242).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem de ofício (fls. 304/306).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.003 - SP (2016/0233770-2)

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.

Cumprе 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 o 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.

Quanto ao regime prisional, cumpre asseverar que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, 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:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 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 nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 nº 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 nº 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. (STF, HC n. 111.840, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe em 17/12/2013)

Esse entendimento também é adotado por ambas as Turmas da Terceira Seção desta Corte, conforme se verifica dos seguintes julgados: HC n. 264.068/RS, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 11/2/2015; HC n. 274.020/SP, Relator Ministro ERICSON MARANHÃO (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe 19/2/2015; e HC n. 299.797/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 2/12/2014.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No presente caso, infere-se que o Juízo de 1º grau condenou o paciente, estabelecendo a pena-base no mínimo legal, com incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em seu patamar máximo, razão pela qual a sua pena foi fixada em 1 ano e 8 meses de reclusão e multa. Não obstante o *quantum* da condenação e a primariedade do paciente, fixou o regime inicial fechado pelos seguintes fundamentos (e-STJ fl. 164):

Quanto ao regime inicial para cumprimento da pena, fixo o fechado, único compatível com a natureza do delito, equiparado a hediondo.

Não é demais consignar que as nefastas circunstâncias e consequências que o crime de tráfico de entorpecentes causa à sociedade conclamam a fixação do regime mais gravoso, a fim de que se retire o infrator do convívio social, evitando que ele continue a exercer tais atividades ilícitas, viciando pessoas e destruindo famílias.

Na mesma esteira, segue a motivação apresentada pelo Tribunal *a quo* para manter o regime prisional (e-STJ fl. 227):

O regime prisional para o início do desconto da pena corporal não poderia ser outro senão o fechado, levando-se em conta as circunstâncias do crime cometido, além da má conduta social do réu, que ajudava a movimentar a máquina criminosa ligada ao tráfico ilegal de drogas, circunstância reveladora de periculosidade e ousadia.

A propósito, tenho que o tráfico de drogas é delito incompatível com o cumprimento de pena carcerária em regime diverso do fechado. O Juiz pode e deve impor ao traficante pena e regime de cumprimento rigorosos, porque tão ou mais importantes do que os interesses individuais estão os interesses da sociedade, que se vê cada dia mais fragilizada pela disseminação do uso substâncias tóxicas ilícitas, as quais corroem não só a saúde, mas também a dignidade e o caráter dos usuários, além de desassossegar todas as pessoas que os cercam.

Verifica-se, da leitura dos trechos destacados, que o regime inicial fechado foi estipulado sem fundamentação concreta, baseado tão somente na vedação legal, já declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, bem como na gravidade em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

abstrato do delito.

Assim, revela-se flagrante o constrangimento ilegal suportado pelo paciente, cujo direito à fundamentação da imposição do regime prisional, com base no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, foi suprimido. Ademais, tratando-se de paciente primário e favoráveis as circunstâncias judiciais, na esteira do enunciado n. 440 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, o paciente faz jus ao regime inicial aberto.

Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal, em 1º/9/2010, no julgamento, do HC n. 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, na parte relativa à proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.

Diante disso, 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 Tribunal *a quo*.

Por fim, deferido o pedido de fixação do regime inicial aberto, o mais brando previsto no CP, a aplicação do instituto da detração está prejudicada. De outro lado, a Corte *a quo* não se pronunciou sobre o tema, de modo que o Superior Tribunal de Justiça fica impedido de fazê-lo diretamente, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. LEI MARIA DA PENHA. AMEAÇA E LESÃO CORPORAL. NULIDADES. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. INOCORRÊNCIA. NULIDADE DA CITAÇÃO. VÍCIO SANADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. DESNECESSIDADE. LAUDO PERICIAL REALIZADO COM BASE EM EXAME PARTICULAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - "A Lei n.º 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, em seu art. 5.º, inc. III, caracteriza como violência doméstica aquela em que o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação" (CC n. 100.654/MG, Terceira



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Seção, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 13/5/2009).

II - No que se refere à nulidade da citação, o juízo de origem reconheceu o equívoco em relação à realização da citação por hora certa, anulando o ato e determinando a citação por edital, não se constatando prejuízo para a defesa.

III - Ao juiz é dado decretar a prisão preventiva, inclusive de ofício, quando no curso do processo, consoante se depreende da leitura do art. 311, do Código de Processo Penal, não havendo que se falar em ofensa ao devido processo legal pela ausência de intimação da defesa.

IV - Quanto à nulidade do laudo pericial, realizado com base em exame particular, não houve pronunciamento sobre o tema por parte do eg. Tribunal a quo, de modo que não é possível ao Superior Tribunal de Justiça conhecer pela vez primeira de matéria não debatida nas instâncias ordinárias, sob pena de indevida supressão de instância. Recurso ordinário desprovido (RHC 51303/BA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, Julgado em 09/12/2014, DJe 18/12/2014).

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. ROUBO MAJORADO. PRISÃO CAUTELAR. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. TÍTULO PRISIONAL AUTÔNOMO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 3. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 52/STJ. 4. NULIDADE PROCESSUAL E EXTENSÃO DE BENEFÍCIO. TESES NÃO ENFRENTADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. 5. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, a superveniência de sentença condenatória inaugura nova realidade processual, em que convencido o juiz da materialidade dos fatos e da autoria, havendo, dessa forma, inequivocamente, novos elementos a justificar a custódia cautelar, que não foram objeto de insurgência da presente irresignação, tampouco submetidos ao crivo do Tribunal de origem, impedindo, assim, o exame da questão por esta Corte, sob pena de incorrer em vedada supressão de instância. Ademais, o art. 387, § 1º, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 11.719/2008, determina expressamente que o Juiz sentenciante motive a manutenção ou imposição da prisão preventiva na sentença condenatória.

3. Proferida sentença condenatória fica superada a alegação de excesso de prazo na formação da culpa, nos termos do enunciado n. 52 da Súmula desta Corte.

4. **Constatado que os argumentos ventilados na exordial - nulidade processual e extensão de benefício penal - não foram enfrentados pelo Tribunal de origem, fica esta Corte impedida de examinar a questão, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.**

5. Habeas corpus não conhecido (HC 288885/MG, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, Julgado em 20/03/2014, DJe 04/04/2014).

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para fixar o regime inicial aberto e substituir da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Vara das Execuções Criminais.

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0233770-2

HC 370.003 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00087723520158260451 20160000445810 87723520158260451

EM MESA

JULGADO: 22/11/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIEL MOBLEY GRILLO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLEITON PAULO DE OLIVEIRA

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, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.