



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.043 - SP (2015/0252281-6)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : **MARCELO AUGUSTO BOCCARDO PAES**
IMPETRANTE : **MARCIO ALEXANDRE BOCCARDO PAES**
IMPETRANTE : **DONISETE GONCALVES LEITE JUNIOR**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **LUIZ FERNANDO PEREDA SANTOS**

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.

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 (5 anos), a primariedade da condenada e o fato de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, a teor do contido no art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal.

4. A pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos se revela impossível em razão de a pena imposta ser superior a 4 anos (art. 44, I, do CP).

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena.

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 03 de dezembro de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.043 - SP (2015/0252281-6)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial impetrado em favor de LUIZ FERNANDO PEREDA SANTOS, em que se aponta como autoridade coatora a 6ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu provimento à Apelação Ministerial n. 0026317-86.2012.8.26.0625.

Consta dos autos que:

a) em 23/10/2012, o paciente foi preso em flagrante na posse de 7,94g de cocaína fracionados em 16 porções e 25,24g de maconha fracionados em 19 porções, bem como 15 aparelhos celulares; a custódia foi convertida em preventiva. Em 1º/02/2013, o decreto prisional foi revogado pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Taubaté;

b) em 12/8/2013, o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Taubaté absolveu o paciente dos fatos constantes da denúncia;

c) em 27/3/2015, O TJ/SP deu provimento ao recurso de apelação ministerial para condenar o paciente, pela prática do delito tipificado no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa.

No presente *writ*, o impetrante alega que o paciente sofre constrangimento ilegal porque: a) ele se encontra ressocializado, pois no período de 1 ano e 11 meses em que responde ao processo em liberdade não cometeu fato desabonador; b) o regime prisional inicial é mais severo do que o adequado para o *quantum* da pena privativa de liberdade, que, segundo o art. 33, § 2º, “c”, do Código Penal, seria aberto; c) o acórdão estadual fixou o regime fechado fundamentando-se na gravidade abstrata do delito de tráfico de entorpecentes; e d) o art. 44 da Lei n. 11.343/2006 teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por inconstitucionalidade, o que autoriza a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do CP.

A liminar foi deferida para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda (fls. 58/59).

As informações encontram-se nas fls. 71/91.

Em parecer (fls. 97/105), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* e pela concessão da ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.043 - SP (2015/0252281-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

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.

No que se refere ao regime inicial do cumprimento da pena, apesar de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e o paciente ser primário, o Tribunal de origem fixou o regime fechado, sem apresentar fundamentação suficiente para tanto (fls. 35/36).

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

Da mesma forma, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a mera alusão à gravidade genérica do delito, aliada à consideração acerca da sua hediondez, não constitui fundamento idôneo para justificar a escolha do regime mais gravoso.

Assim, considerando a quantidade de pena imposta (5 anos), a primariedade da condenada e o fato de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, a teor do contido no art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal.

Nesse sentido, colho os seguintes precedentes desta Corte Superior:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL.NÃO-CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO.INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33. IMPOSSIBILIDADE.DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO.GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO SUMULADO DO STF E DO STJ. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

III - Na hipótese, o eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de apelação criminal, reformou a sentença condenatória para afastar a incidência do redutor do § 4º, do art. 33, da Lei n.11.343/06, e manteve o regime inicial fechado para o paciente.

IV - É razoável o afastamento da aplicação da mencionada minorante, não obstante seja o paciente primário, em virtude da diversidade das drogas com ele encontradas, bem como da dedicação à atividade criminosa, adequadamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentadas no acórdão impugnado.

V - Ressalte-se, por imprescindível, que a conclusão acima expendida impede, ex vi legis, a substituição por pena restritiva de direitos, haja vista que o quantum de pena imposto inviabiliza a concessão do benefício, nos termos do art. 44, inciso I, do Código Penal.

VI - O Enunciado 440, da Súmula do STJ afirma que "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".

VII - In casu, da análise dos fundamentos expostos pelas instâncias ordinárias, quando da realização da dosimetria da pena, verifica-se que as circunstâncias judiciais do paciente foram avaliadas de modo inteiramente favorável, bem como que se trata de indivíduo primário, razão pela qual o regime que melhor atende sua situação, nos termos do art. 33, § 2º, b e § 3º do Código Penal, é o semiaberto.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.

(HC 311.367/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 11/06/2015, DJe 19/06/2015)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ÓBICE DA SÚMULA 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUPERVENIENTE JULGAMENTO DO MÉRITO E DA APELAÇÃO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE. DELITO COMETIDO NO INTERIOR DE PRESÍDIO. FUNDAMENTO CONCRETO QUE AUTORIZA O REGIME SEMIABERTO E A NEGATIVA DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, CONFIRMADA A LIMINAR.

1. Impetrado o habeas corpus contra indeferimento de liminar em prévio writ, posteriormente julgado, não seria possível, em princípio, deliberar-se sobre o mérito. Ressalva-se, contudo, a hipótese de patente ilegalidade, nos moldes do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, que disciplina a extraordinária concessão de ofício.

2. Hipótese em que as instâncias de origem não lograram motivar de maneira idônea o estabelecimento do regime inicial fechado, porquanto não declinaram fundamentos suficientes a justificar a eleição do regime mais gravoso, deixando de apreciar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelos arts. 33 e parágrafos, do Código Penal, em patente inobservância ao princípio da individualização da pena e ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988. Para a imposição de regime inicial de cumprimento de pena mais severo que o fixado em lei é necessária motivação idônea. Inteligência das súmulas n.º 718 e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal e n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça. E é vedado que o Tribunal de origem, em recurso exclusivo da Defesa, agregue novos fundamentos para justificar o regime mais gravoso.

3. Invocou-se, contudo, questão concreta (o cometimento do crime no interior de presídio), que justifica a fixação do regime intermediário, bem como a negativa da substituição da pena por medidas restritivas de direitos, a despeito da sanção inferior a 4 anos.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para o fim de fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao paciente, confirmada a liminar.

(HC 312.053/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 18/06/2015)

Quanto ao pleito da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, impossível sua concessão em razão do óbice previsto no art. 44, I, do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal, pois a pena fixada ao paciente é superior a quatro anos (AgRg no HC 253.891/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 02/02/2015; e, AgRg no HC 310.017/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 26/08/2015).

Diante do exposto, NÃO CONHEÇO do presente *habeas corpus*. Contudo, CONCEDO a ordem, de ofício, para, confirmando a liminar de fls. 58/59, fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0252281-6

HC 338.043 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00263178620128260625 20150000225994 263178620128260625

EM MESA

JULGADO: 03/12/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO JOSÉ GISI**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: MARCELO AUGUSTO BOCCARDO PAES
IMPETRANTE	: MARCIO ALEXANDRE BOCCARDO PAES
IMPETRANTE	: DONISETTE GONCALVES LEITE JUNIOR
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: LUIZ FERNANDO PEREDA SANTOS
CORRÉU	: KELVIN KENJI KUMIHIRO

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