



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 301.695 - SP (2014/0204837-0)

RELATOR	: MINISTRO GURGEL DE FARIA
IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: ISABELA VELOSO MONREAL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ALEXANDRE PEREIRA BONFIM
PACIENTE	: ROBSON AWANE DE SOUZA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INEXISTÊNCIA. ILEGALIDADE.

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 apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. 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.

3. Considerando que a pena-base foi fixada 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. Incidência da Súmula 440 do STJ.

4. Em razão da pena imposta, da primariedade dos pacientes e da inexistência de circunstâncias desfavoráveis, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, a teor do art. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do CP.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 24 de fevereiro de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 301.695 - SP (2014/0204837-0)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de ALEXANDRE PEREIRA BONFIM e ROBSON AWANE DE SOUZA, contra acórdão proferido pela 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Os pacientes foram condenados, nos autos da ação penal n. 050.11.003712-0, pelo juízo da 25ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo/SP, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 250 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 23/31).

Irresignados com a *r.* sentença, apelaram a defesa e o *Parquet*, este pleiteando a fixação da pena acima do mínimo legal e o afastamento da causa de redução (fls. 63/65); aquele requerendo a absolvição por insuficiência de provas e, subsidiariamente, a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em seu patamar máximo, a fixação de regime inicial aberto e a substituição da pena corpórea por restritiva de direitos (fls. 34/62).

A 3ª Câmara de Direito Criminal do colendo TJ/SP, à unanimidade, negou provimento ao recurso defensivo e deu parcial provimento ao apelo ministerial, para afastar o redutor e fixar a pena em 5 anos de reclusão, além de multa de 500 dias-multa, em acórdão assim ementado (fls. 82/89):

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - APELO MINISTERIAL pleiteando a retirada do redutor e aumento da pena-base - APELO DAS DEFESAS com pedido de absolvição por insuficiência probatória, - Pedidos subsidiários de redução maior da pena, flexibilização do regime e substituição da pena.

POSSIBILIDADE EM PARTE.

Confissão do corréu Robson corroborada pela prova produzida. Descrição de traficante na denúncia anônima correspondente às características do corréu Alexandre, o qual foi visto na companhia de Robson, em comportamento suspeito e com quem estava a sacola, dentro da qual estava a droga apreendida - Policial é testemunha como qualquer pessoa, sujeito às mesmas observações e observação contra ele deve ser objetiva, não genérica pela origem policial - Prova produzida que demonstra a organização criminosa, afastada, por isso, a redução do §4º, do art. 33, da Lei de Drogas, não sendo possível também, o aumento da pena-base, por falta de elementos - Regime fechado adequado ao presente caso, de acordo com as circunstâncias e volume da pena.

DADO PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL.
NEGADO PROVIMENTO AOS RECURSOS DA DEFESA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No presente *writ*, a impetrante alega ocorrência de constrangimento ilegal em virtude da não aplicação do redutor do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, da fixação de regime mais gravoso e da não substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fls. 1/12).

Indeferida a liminar (fl. 98) e prestadas as informações pelo Tribunal *a quo* (fls. 107/122).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *mandamus* ou, se conhecido, por sua denegação (fls. 126/129).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 301.695 - SP (2014/0204837-0)

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 apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

Inicialmente, verifica-se que, na fixação do regime prisional para o cumprimento da pena privativa de liberdade, 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.

In casu, o MM. Juiz de Direito assim dispôs quando da individualização da reprimenda aos pacientes (fl. 30):

Isto posto, CONDENO os réus ALEXANDRE PEREIRA BONFIM e ROBSON AWANE DE SOUZA ao cumprimento de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, cada qual no valor unitário mínimo, dando-o como incurso no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06. O tráfico ilícito de drogas é crime equiparado aos hediondos, sendo vedada a aplicação dos substitutivos penais (CP, art. 44), do "sursis" ou de benesses correlatas. Deverão os sentenciados iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime fechado, consoante norma cogente do art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.072/90 (com redação dada pela Lei nº 11.464/ de 28 de março de 2007)

Quando do julgamento da apelação, o Tribunal de origem assim se manifestou (fls. 88/89):

(...) Regime prisional: por fim, ao regime inicial fechado imposto para cumprimento da pena privativa de liberdade, incabível eventual abrandamento. Ainda que vedado regime diverso para os delitos de tráfico de entorpecentes, consoante entendimento das Cortes Constitucionais, o regime fechado se harmoniza com o disposto na Lei Maior em relação aos crimes de tráfico de entorpecentes, tortura e terrorismo (art. 5º, XLIII, da Constituição Federal). Ademais, neste caso concreto entendo também que pela conduta descrita, modo de comercialização, efeito na comunidade e personalidade do agente, o regime fechado é o que se adequa à atual



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

redação da Lei nº 8.072/90. Outra forma não daria a resposta à conduta ou levaria o agente à reflexão sobre o crime. Rejeito todas as ponderações da Defesa Apelante que sejam contrárias ao reconhecimento agora exposto.

Infere-se dos trechos acima transcritos que as instâncias ordinárias não apresentaram nenhum fundamento concreto para justificar a imposição do regime mais gravoso para o cumprimento da reprimenda imposta.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 440, com a seguinte redação: "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."

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis*:

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Assim, no caso em apreço, tendo em vista a quantidade da pena imposta (o mínimo legal, 5 anos), a primariedade dos pacientes e o fato de não terem sido apontadas circunstâncias desfavoráveis, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, a teor do contido no art. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do Código Penal.

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte Superior:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA RECONHECIDA NA INSTÂNCIA A *QUO*. REVOLVIMENTO FÁTICO- PROBATÓRIO. FIXAÇÃO DE REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do *writ* substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de *habeas corpus* substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - No caso concreto, o magistrado de primeiro grau negou a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º da Lei nº 11.434/2006 ao fundamento de que o paciente se dedicaria a atividades criminosas. Rever tal entendimento exigira dilação fático-probatória, o que encontra óbice na estreita via do *habeas corpus*.

IV - O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

V - *In casu*, o paciente teve valoradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais - tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal -, e foi condenado pela prática de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa (tráfico) à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, fazendo jus, portanto, ao regime semiaberto de cumprimento de pena, *ex vi* do art. 33, § 2º, alínea "c" e § 3º, do Código Penal. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para confirmar a liminar e fixar o regime semiaberto de cumprimento da pena (HC 303493/MG, Relator Ministro FELIX FISCHER, T5 - QUINTA TURMA, DJe 28/11/2014).

AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. TRÁFICO DE DROGAS. ILEGALIDADE MANIFESTA DECORRENTE DA FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONCESSÃO LIMINAR DA ORDEM.

1. Deve ser mantida por seus próprios fundamentos a decisão monocrática que concedeu liminarmente a ordem de *habeas corpus* para fixar ao paciente o regime prisional semiaberto, pois, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal (5 anos de reclusão), sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime inicial fechado foi imposto sem a indicação de qualquer justificativa idônea. 2. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 242130/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, T6 - SEXTA TURMA, DJe 19/08/2014).

Relativamente ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, constata-se a inviabilidade pelo *quantum* da reprimenda, superior a 4 anos.

Por fim, o Tribunal de origem, ao examinar os fatos, concluiu que os pacientes integram organização criminosa, o que ensejou o afastamento da causa especial de redução (fl. 88).

Modificar tal entendimento demandaria a incursão no acervo fático-probatório, o que não se admite na estreita via do *mandamus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do presente *habeas corpus*.
Todavia, CONCEDO a ordem, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0204837-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 301.695 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00037126220118260050 050110037122 133 37126220118260050 50110037122 682011

EM MESA

JULGADO: 24/02/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: ISABELA VELOSO MONREAL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ALEXANDRE PEREIRA BONFIM
PACIENTE	: ROBSON AWANE DE SOUZA

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 Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.