



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 273.519 - SP (2013/0220666-5)

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 : EDERSON JOAQUIM DOS SANTOS (PRESO)

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. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS, PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO. CONDENAÇÃO. TRANSITO EM JULGADO. REVISÃO CRIMINAL PARCIALMENTE DEFERIDA. 3. TRÁFICO DE DROGAS. OBRIGATORIEDADE DO REGIME FECHADO AFASTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ILEGALIDADE CONSTATADA. 4. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. 5. ORDEM NÃO CONHECIDA. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO, RATIFICADA A LIMINAR.**

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. As alegações da defesa relativas às condenações pelos tipos penais previstos nos art. 12 e 16 da lei n. 10.826/2003, consistentes na atipicidade da conduta, incidência da *abolitio criminis* temporária e configuração de crime único, ficam superadas com a superveniente absolvição do paciente pelo Tribunal estadual no julgamento do pedido revisão criminal.

3. 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.

4. 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.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, ratificada a liminar anteriormente deferida, para determinar que o Juiz das Execuções Criminais avalie, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília (DF), 27 de maio de 2014 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 273.519 - SP (2013/0220666-5)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de Ederson Joaquim dos Santos, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática da conduta descrita no art. 12, da Lei n. 6.368/76, a cumprir pena de 3 (três) anos de reclusão, no regime integralmente fechado e arts. 14 e 16, parágrafo único, IV da Lei n. 10.826/03, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial fechado, na forma do art. 69 do Código Penal.

As partes recorreram da sentença. A defesa do ora paciente postulou a sua absolvição por insuficiência de provas e, alternativamente, pediu o estabelecimento do regime inicial fechado para o delito de tráfico de drogas.

O Tribunal revisor deu parcial provimento ao recurso da defesa tão somente para reduzir a pena imposta ao réu para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 50 diárias pela condenação relativa ao tipo penal previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/1976, mantendo, no mais, a sentença condenatória.

A Defensoria Pública alega, no presente *habeas corpus*, ser atípica a conduta do paciente relativa à condenação pelo art. 12, pois ele possuía e não portava a arma encontrada em buraco. Argumenta que esta figura típica, assim como a do art. 16, IV, do mesmo diploma legal, foram submetidas a *abolitio criminis* temporária, pela Lei n. 10.826/2003, circunstância que conduziria à absolvição.

Sustenta os fatos que ensejaram a condenação pelos tipos penais dos arts. 14 e 16 do estatuto do desarmamento representa um crime único e não concurso foram, notadamente porque as armas foram apreendidas em um mesmo contexto fático.

Argumenta que a condenação pelo delito de tráfico de drogas na sua forma privilegiada não caracteriza crime hediondo, assim como o de homicídio privilegiado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Questiona que o regime prisional foi estabelecido com base na gravidade abstrata do crime, contrariando o disposto nos enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Destaca que a condenação do paciente pelo crime de tráfico não foi praticado com violência ou grave ameaça, o paciente não é reincidente e as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis, tanto que a pena-base foi mantida no piso legal, razão pela qual faz jus ao benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, a expedição de alvará de soltura em favor do paciente.

O pedido liminar foi deferido pelo Ministro Gilson Dipp, no exercício da presidência do Superior Tribunal de Justiça (fl. 244).

Dispensadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem, tão somente para estabelecer o regime inicial semiaberto para o cumprimento das penas, que ficaram totalizadas, após o julgamento do recurso de apelação, em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão (fls. 253/265).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 273.519 - SP (2013/0220666-5)

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.

Inicialmente, cumpre ressaltar que, consoante informações colhidas do endereço eletrônico do Tribunal de Justiça de São e que ora faço juntar aos autos, a defesa do condenado ajuizou pedido de revisão criminal, o qual foi parcialmente deferido, em julgamento realizado no dia 5/2/2014. Eis o dispositivo do julgado:

Ante o exposto, pelo meu voto, defere-se parcialmente o pedido revisional formulado por Ederson Joaquim dos Santos, para desclassificar o crime do art. 14 para a figura prevista no art. 12, ambos da Lei nº 10.826/03, e, via de consequência, absolver o peticionário das imputações de prática dos crimes do art. 12 e 16, todos do mesmo diploma legal, com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal, diante da incidência da “*abolitio criminis*” temporária ínsita nos arts. 30 e 32 do Estatuto do Desarmamento. No mais, mantém-se a condenação do réu à pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, no regime inicial fechado, mais ao pagamento de 50 (cinquenta) dias multa, no piso, como incurso no art. 12 da Lei nº 6.368/76 (atual artigo 33 da Lei nº 11.343/06).

Desse modo, As alegações da defesa relativas às condenações pelos tipos penais previstos nos art. 12 e 16 da lei n. 10.826/2003, consistentes na atipicidade da conduta, incidência da *abolitio criminis* temporária e configuração de crime único, ficam superadas com a superveniente absolvição do paciente pelo Tribunal estadual no julgamento do pedido revisão criminal.

Nesse sentido, a título de exemplo:

CRIMINAL. HC. NULIDADE. ABSOLVIÇÃO. RECURSO DE APELAÇÃO. FALTA DE INTIMAÇÃO DO DEFENSOR PÚBLICO DA SESSÃO DE JULGAMENTO. PRESCRIÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DE ABSOLVIÇÃO DO RÉU. PERDA DE OBJETO. ORDEM PREJUDICADA.

1- Hipótese na qual o réu pugna pela anulação do acórdão proferido na apelação interposta pela defesa, tendo em vista a falta de intimação pessoal do defensor da data de julgamento do recurso, ressaltando, ainda, estar configurada a extinção da punibilidade do acusado, pela ocorrência da prescrição.

2- Evidenciado que o Tribunal a quo, em sede de revisão criminal, absolveu o paciente, com fulcro no art. 386, VI, do Código de Processo Penal, verifica-se a perda de objeto do presente writ.

3- Ordem prejudicada.

(HC n. 89.096/SP, Relatora a Ministra Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG), DJ 07/02/2008)

Quanto ao pleito de modificação do regime inicial de cumprimento da pena,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumprir 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.

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 n.º 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, mesmo após o julgamento do pedido de revisão criminal, o regime mais rigoroso foi mantido com base apenas na vedação imposta na Lei n. 8.072/1990. Eis o motivos: "Por derradeiro, o regime inicial fechado também deve ser mantido nos termos do que dispõe a Lei n° 11.464, de 29 de março de 2007, que modificou o art. 2º, § 1º, da Lei n° 8.072/90, estabelecendo que as penas impostas aos crimes hediondos e a eles equiparados devem ser iniciadas no regime fechado."

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, ratifico a decisão liminar e concedo a ordem, de ofício, para determinar que o Juiz das Execuções



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Criminais avalie, 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, caso não tenha ocorrido o cumprimento integral da pena.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0220666-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 273.519 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00648816020058260050 010274133 050050648810 10274133 12522005 50050648810
5042005 648816020058260050

EM MESA

JULGADO: 27/05/2014

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA**

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 : EDERSON JOAQUIM DOS SANTOS (PRESO)

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.