



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 310.953 - RJ (2014/0323475-9)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : DIEGO ARAUJO REZENDE (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. HEDIONDEZ DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. INVIABILIDADE.

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

4. No caso dos autos, considerando a quantidade de pena imposta (1 ano e 8 meses), a primariedade do condenado e o fato de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, deve ser fixado o regime inicial aberto, a teor do contido no art. 33, § 2º, alínea "c", e § 3º, do Código Penal.

5. Pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos inviabilizado, diante da quantidade das drogas apreendidas (189g de maconha), por não ser a punição requerida suficiente à prevenção e repressão do delito.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da reprimenda.



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 Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 30 de junho de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 310.953 - RJ (2014/0323475-9)

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 DIEGO ARAUJO REZENDE, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta nos autos que o paciente foi condenado, pela prática do delito tipificado no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, mais 167 dias-multa (fls. 26/33).

Em sede de apelação, o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso (fls. 45/50).

Na presente impetração, alega a Defensoria que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal porque fixado regime mais gravoso para o início do cumprimento da pena baseado apenas no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 e na gravidade em abstrato do delito de tráfico.

Alega, ainda, que o sentenciado tem direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos por preencher os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

Acrescenta que a pena foi fixada no mínimo legal, incidindo o disposto na Súmula 440 do STJ.

Pugna, liminarmente e no mérito, pela colocação do paciente no regime aberto e pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Liminar deferida (fls. 53/54) e informações prestadas (fls. 69/86), o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 91/97).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 310.953 - RJ (2014/0323475-9)

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

Conforme relatado, busca a impetração que seja fixado o regime inicial aberto para o cumprimento da reprimenda, bem como substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

O Juiz sentenciante justificou a necessidade de a pena ser cumprida inicialmente no regime fechado nos seguintes termos (fl. 32):

[...] No que tange ao cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do que determina o art. 387, § 2º, do CPP, faço a detração o período de prisão cautelar a que o acusado vem sendo submetido desde o dia 22/03/2014 para deixar certo que o restante da mesma deverá ser cumprido em regime FECHADO, nos termos da Súmula 512 do STJ.

Interposta apelação pela defesa, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso, sob os seguintes fundamentos (fls. 49/50):

No tocante à pretensão de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, sem sorte o recorrente.

O regime mais gravoso se mostra o mais adequado para atender a finalidade da pena, cujos aspectos repressivos e preventivos ficariam sem efeitos na hipótese de um regime mais brando, ante a possibilidade do apelante não ser suficientemente intimidado a não mais delinquir.

O único regime de pena cabível para o início do cumprimento das sanções é o fechado, na forma do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei n.º 8.072/90, o qual em hipótese alguma pode ser alcançado pela pena da inconstitucionalidade.

Em observância ao princípio do juiz natural, frise-se que somente ao juiz da execução penal compete avaliar-se, na espécie, estão presentes os requisitos objetivos e subjetivos para a concessão da detração, com a observância do acompanhamento disciplinar até o final do cumprimento da pena.

Logo, numa situação fática exemplificativa, não se pode vincular à progressão de regime um mero procedimento de cálculo aritmético de cumprimento de pena, ignorando o mérito do sentenciado e, verdadeiramente, negando vigência ao que estabelece o art. 112 da LEP.

No atinente à pretendida substituição da pena privativa de liberdade, também não assiste razão aos recorrentes.

Mostra-se incabível tal pretensão em razão da intensa culpabilidade do réu, a apreensão de grande quantidade de entorpecente (189g de maconha,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acondicionada em 100 “sacólés”) evidencia que se trata de pessoa dedicada à criminalidade ou integrante de organização criminosa, o que impede a substituição requerida.

Desta forma, verifica-se que a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos é insuficiente, não restando, portanto, configurados os requisitos previstos no art. 44, III, do CP.

Dos excertos acima transcritos cumpre observar que o paciente sofre flagrante constrangimento ilegal no que se refere ao regime inicial do cumprimento da pena, visto que, apesar de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e o acusado ser primário, a sentença condenatória fixou o regime fechado, com base no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 (fl. 32), fundamento ratificado pelo Tribunal *a quo* (fls. 45/50).

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.

Assim, considerando a quantidade de pena imposta (1 ano e 8 meses), a primariedade do condenado e o fato de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, deve ser fixado o regime inicial aberto, a teor do contido no art. 33, § 2º, alínea “c”, e § 3º, do Código Penal.

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte Superior:

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. AGRAVADO CONDENADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS À PENA DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PENA-BASE ALVITRADA NO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO ENTENDIMENTO SEDIMENTADO NAS SÚMULAS N.º 718 E N.º 719/STF E NA SÚMULA N.º 440/STJ. APLICAÇÃO DAS REGRAS PREVISTAS NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA C, E § 3.º DO CÓDIGO PENAL. MANUTENÇÃO DA ORDEM DE *HABEAS CORPUS* EM QUE SE ESTABELECEU O REGIME ABERTO QUE SE IMPÕE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Na hipótese de todas as circunstâncias judiciais serem favoráveis, com fixação da pena-base no mínimo legal, sem a indicação substancial de nenhum fundamento concreto revelador de que a conduta do Acusado transcende a gravidade inerente ao tipo incriminador, não há margem para o agravamento da sanção penal, com o recrudescimento do regime prisional inicial. Súmulas 718 e 719 do STF e 440/STJ.

2. “[A] hediondez ou a gravidade abstrata do delito não obriga, por si só, o regime prisional mais gravoso, pois o juízo, em atenção aos princípios constitucionais da individualização da pena e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, deve motivar o regime imposto observando a singularidade do caso concreto” (STF, HC 119.287/SP, Rel.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, DJe 13/05/2014).

3. "Fixada a pena em seu mínimo legal, inferior a 4 (quatro) anos, não sendo caso de reincidência, e não havendo circunstância judicial desfavorável, [...] não há falar em adoção do regime inicial semiaberto, se o próprio paradigma legal permite a adoção do regime inicial aberto (art. 33, § 2º, c e § 3º c/c art. 59, CP)" (STF, HC 83.613/SP, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, DJ de 30/04/2004).

4. Agravo desprovido. (AgRg no HC 285.691/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 21/08/2014).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006 RECONHECIDA EM SEDE DE APELAÇÃO. MANUTENÇÃO DO REGIME PRISIONAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA E HEDIONDEZ. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. RÉU PRIMÁRIO E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REGIME ABERTO. APLICABILIDADE. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA DE OFÍCIO.

A obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crime hediondos e os a ele equiparados foi declarada inconstitucional pelo c. Pretório Excelso, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES. Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei.

Sendo o réu primário e favoráveis todas as circunstâncias judiciais, a pena-base foi fixada no seu mínimo legal, o regime prisional adequado para o cumprimento da pena é o aberto, tendo em vista que sanção privativa de liberdade não supera 4 (quatro) anos.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de modificar o regime prisional para o aberto. (HC 239.685/MG, Rel. Min. MARILZA MAYNARD - Desembargadora convocada do TJ/SE, Sexta Turma, DJe 19/12/2013).

Por fim, o paciente não faz jus ao benefício de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porquanto não preenchidos os requisitos subjetivos exigidos à implementação da referida benesse.

Isso porque, apesar de a Suprema Corte, em casos tais, admitir a possibilidade de substituição em comento, nos termos do art. 44 do Código Penal, na hipótese em exame deve ser afastada, diante da quantidade das drogas apreendidas, não sendo a punição pleiteada suficiente à prevenção e repressão do delito.

A propósito:

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. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DIMINUIÇÃO DE PENA EM SEU GRAU MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. DIVERSIDADE E RAZOÁVEL QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 3. REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. 4. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 5. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

3. No caso, de acordo com o que preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo sendo a pena aplicada inferior a 4 (quatro) anos, diga-se, 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, considerando a quantidade e variedade de substâncias entorpecentes apreendidas - 20 invólucros de maconha, pesando 44,60g e 10 pinos de cocaína totalizando 9,0g -, o regime mais adequado à espécie é o fechado.

4. Pelos mesmos fundamentos, não se considera socialmente recomendável a substituição da reprimenda privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 275.298/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, DJe 07/03/2014).

Diante do exposto, NÃO CONHEÇO do presente *habeas corpus*. Entretanto, CONCEDO a ordem, de ofício, para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0323475-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 310.953 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00031185320148190045 31185320148190045

EM MESA

JULGADO: 30/06/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: DIEGO ARAUJO REZENDE (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 Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.