



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 283.921 - RS (2013/0398990-0)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : FABIO PASECINIC DA SILVA (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. TRÁFICO DE DROGAS. OBRIGATORIEDADE DO REGIME FECHADO AFASTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ILEGALIDADE PATENTE CONSTATADA. 3. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.**

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. Existe constrangimento ilegal, a ser reparado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, quando o regime fechado de cumprimento de pena, no caso de condenação pela prática do delito de tráfico de entorpecentes, 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. No caso, a matéria não foi objeto de questionamento no recurso da defesa, o que, em tese, impediria de ser apreciada diretamente pelo Superior Tribunal de Justiça. Contudo, o óbice foi superado diante da flagrante ilegalidade, consistente no estabelecimento do regime fechado com base apenas na vedação legal.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Tribunal impetrado reavalie, à luz do novo entendimento sobre a matéria, o regime inicial de cumprimento da pena do paciente.

ACÓRDÃO

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, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de fevereiro de 2014 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 283.921 - RS (2013/0398990-0)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Fabio Pasecinic da Silva, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, pela prática da conduta descrita no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão (substituída por restritiva de direitos) no regime inicial fechado, porque (fls. 191/192):

No dia 06 de julho de 2012, por volta das 22h15min, na Rua Dona Veva, nº 310,, Aparício Borges, nas proximidades da Escola Estadual de 1º Grau Espírito Santo, nesta Cidade, os denunciados, em conjunto de ações e vontades, traziam consigo, para o fim de comércio, 12 (doze) buchas de cocaína, pensando aproximadamente 4g; e 04 (quatro) tijolinhos de cannabis sativa, vulgarmente conhecida como maconha, pesando aproximadamente 7,6g, substâncias entorpecentes causadoras de dependência física e psíquica, (laudos de constatação da natureza das substâncias das fls. 37/39), sem autorização e em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, nas imediações de estabelecimento de ensino.

A defesa recorreu da sentença postulando "a nulidade do processo ou a absolvição do recorrente ou, ainda, o redimensionamento da pena" (fl. 273). O Tribunal de origem, em 31/10/2012, negou provimento ao recurso, recebendo o acórdão a seguinte ementa (fl. 276):

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROVA. PALAVRA DO POLICIAL. VALOR. CONDENAÇÃO MANTIDA.

Em termos de prova convincente, os depoimentos dos policiais envolvidos nas diligências preponderam sobre a do réu. Esta preponderância resulta da lógica e da razão, pois não se imagina que, sendo uma pessoa séria e idônea, e sem qualquer animosidade específica contra o agente, vá a juízo e mentir, acusando um inocente. Deve-se examinar a declaração pelos elementos que contém, confrontando-o com as outras provas ou indícios obtidos na instrução e discute-se a pessoa do depoente. Se a prova sobrevive depois desta análise, ela é forte para a condenação, não importando quem a trouxe. Foi o que ocorreu na hipótese em julgamento. Os policiais informaram, em depoimentos convincentes, sobre a posse do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entorpecente com a pessoa do recorrente e que, pelas circunstâncias apuradas na prova, a droga era destinada ao comércio.
DECISÃO: Apelo defensivo desprovido. Unânime.

A impetrante alega, no presente **habeas corpus**, que o paciente faz jus ao regime inicial mais brando, tendo em vista a recente decisão do Supremo Tribunal Federal declarando inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 e a quantidade de pena aplicada, consoante dispõe o art. 33, § 2º, **c**, do Código Penal.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, o estabelecimento do regime inicial aberto para o cumprimento da pena.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 289/291.

Dispensadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem, de ofício, para que a autoridade competente fixe e fundamente o regime inicial de cumprimento da pena que entender adequado, diverso do fechado (fls. 299/302).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 283.921 - RS (2013/0398990-0)

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, depreende-se dos autos que a alegação da impetrante não foi enfrentada pelo Tribunal de origem durante o julgamento do recurso de apelação, o que me impediria, em princípio, de analisá-la por configurar indevida supressão de instância.

Todavia, entendo haver flagrante ilegalidade apta a ensejar a concessão de **habeas corpus** de ofício.

Sobre esse tema, cumpre ressaltar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/6/2012, 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 nº



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.

No presente caso, o Juiz de primeiro grau fixou o regime inicial fechado pelo seguinte motivo:

Fixo o **regime fechado** para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464, de 28.03.07).

A matéria não foi objeto de questionamento no recurso da defesa, o que, em tese, impediria de ser apreciada diretamente pelo Superior Tribunal de Justiça. Contudo, diante da flagrante ilegalidade, supero este óbice.

Como se vê das transcrições acima, o regime mais rigoroso foi fixado com base apenas na vedação imposta na Lei n. 8.072/1990. Assim, à luz do novo entendimento sobre a matéria, o pleito de modificação do regime inicial de cumprimento da pena deve ser revisto, porquanto configurado o constrangimento ilegal.

Ressalte-se que em razão das peculiaridades do caso, que envolveu pequena quantidade de droga – 12 (doze) buchas de cocaína e 4 (quatro) tijolinhos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

maconha, que eram vendidos a R\$ 2,00 cada –, a pena-base foi fixada no piso legal, reduzida na fração máxima de 2/3 (dois terços) pela aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Ademais, o paciente é primário, não se dedica a atividade criminosa e nem integra organização criminosa, tanto que teve a pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, cumulada com multa.

Ante o exposto, não conheço do presente **habeas corpus**. No entanto, concedo a ordem de ofício para determinar que o Tribunal impetrado reavalie, à luz do novo entendimento, o regime inicial de cumprimento da pena a ser imposto ao paciente.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0398990-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 283.921 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 03989904220133000000 21200699651 3989904220133000000 70055347124

EM MESA

JULGADO: 20/02/2014

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **LUCIANO MARIZ MAIA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	: FABIO PASECINIC DA SILVA (PRESO)
CORRÉU	: VANDERLEI BARBOSA CUNHA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Parte Geral - Aplicação da Pena - Regime inicial

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, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.