



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 339.354 - SP (2015/0266873-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUCAS AKIRA PASCOTO NISHIKAWA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCAS ROSARIO DIEGUES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. NEGATIVA EM VIRTUDE DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

– 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.

– Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

– Considerando que a pena foi fixada em 2 anos e 6 meses de reclusão, pela primariedade do acusado e a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, mas, por outro lado, tendo em vista a não aplicação da minorante no patamar máximo de 2/3, em razão da quantidade da droga apreendida, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, “b”, e § 3º, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Quanto à substituição, verifica-se que as circunstâncias do caso concreto não recomendam. De fato, embora o *quantum* de pena fixado seja inferior a 4 anos, preenchendo, portanto o requisito objetivo, o Tribunal *a quo* ressaltou que se trata de tráfico de quantidade significativa de cocaína, entorpecente que, pela natureza, apresenta alto poder viciante, o que evidencia a gravidade concreta da conduta.
- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.

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 Ribeiro Dantas, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de março de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 339.354 - SP (2015/0266873-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUCAS AKIRA PASCOTO NISHIKAWA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCAS ROSARIO DIEGUES (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA(Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de LUCAS ROSARIO DIEGUES, no qual aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0047830-21.2014.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 250 dias-multa. Interposta apelação, o Tribunal local negou provimento ao recurso, mantendo a sentença condenatória proferida pelo Juízo sentenciante.

No presente *writ*, a impetrante sustenta que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, tendo em vista que: a) não há motivação idônea para a manutenção do regime fechado, baseado na gravidade abstrata do delito, uma vez que a pena-base foi fixada no mínimo legal, o paciente é primário e o redutor da pena, previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, foi aplicado na fração de 1/2; b) o paciente faz jus ao benefício da substituição da pena, na forma do art. 44 do Código Penal.

Dessa forma, requer, na liminar e no mérito, que seja fixado o regime inicial aberto e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido às e-STJ fl. 92/93.

O Ministério Público Federal opinou, às e-STJ fls. 102/106, pela concessão da ordem, de ofício, para fixar o regime aberto e substituir a pena:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL ELEITA. NÃO CONHECIMENTO. CRIME DE NARCOTRÁFICO. REGIME INICIAL FECHADOS E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI N.º 8.072/90, E DA EXPRESSÃO "VEDADA A CONVERSÃO EM PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS" PRESENTE NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. PECULIARIDADES DO CASO QUE NÃO EVIDENCIAM MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. MANIFESTA COAÇÃO ILEGAL VERIFICADA.

- Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus substitutivo e pela concessão da ordem de ofício, para limar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 339.354 - SP (2015/0266873-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA(Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. 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 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel. Min. 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.

[...] Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se na presente oportunidade o reconhecimento do constrangimento ilegal na fixação do regime mais gravoso e na negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Como é cediço, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

O regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

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.

No presente caso, assim foi consignado pelas instâncias ordinárias para fixar o regime mais gravoso:

A pena privativa de liberdade aplicada será cumprida inicialmente em regime FECHADO, a teor do disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, com a nova redação que lhe deu a Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007. (Sentença e-STJ fl. 21).

Tratando-se de delito equiparado a hediondo, cometido a partir da vigência da Lei nº 11.464/07, o regime inicial fechado é o único possível ao crime de tráfico, a teor do que estabelece o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (Acórdão e-STJ fl. 75).

Pela leitura da sentença e do acórdão recorridos, o regime fechado foi fixado sem a apresentação de fundamentação suficiente para tanto, pois, como visto, a hediondez do delito não constitui motivação idônea para a fixação de regime mais gravoso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, considerando a pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, a primariedade do acusado, a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, mas também a não aplicação da minorante no patamar máximo de 2/3, tendo em vista a quantidade e a diversidade da droga apreendida, deve ser fixado, nos termos do art. 33, § 2º, “b”, e § 3º, do Código Penal, o regime semiaberto para cumprimento da pena do ora paciente.

Quanto à possibilidade de substituição da pena, da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal, em 1/9/2010, no julgamento do HC n. 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei de Drogas, na parte relativa à proibição da conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por tráfico de entorpecentes.

Dessa forma, a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos baseada na hediondez do delito e/ou na gravidade abstrata do crime, configura constrangimento ilegal suscetível de controle por esta via constitucional.

Contudo, entendo que as circunstâncias do caso concreto não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. De fato, embora o *quantum* de pena fixado seja inferior a 4 (quatro) anos, preenchendo, portanto, o requisito objetivo, observo que as circunstâncias do caso, quantidade elevada do entorpecente apreendido - 79,6 (setenta e nove gramas e 6 decigramas) acondicionados em 76 invólucros plásticos - não recomendam a substituição.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. NÃO CABIMENTO. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

se concede a ordem de ofício. 2. Justificado o quantum de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão da qualidade e diversidade das drogas apreendidas, descabe falar em flagrante constrangimento ilegal a ser sanado, ainda mais quando a fração de redução aplicada "fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório (HC 321.624/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 03/08/2015). 3. Caso em que a incidência daquela minorante no patamar de 1/3 decorreu da quantidade e da natureza da droga apreendida (55 porções de cocaína e maconha), inexistindo ilegalidade patente a ser reparada na via estreita do mandamus. 4. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º 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. 5. A despeito de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis e de a pena ter sido fixada em 3 anos e 4 meses de reclusão, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas em poder do paciente, também utilizadas para o fim de fixar o regime prisional, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, admitem o cumprimento inicial da sanção no regime semiaberto. 6. A Suprema Corte, no HC n. 97.256/RS, também passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, no termos do art. 44 do Código Penal. 7. A jurisprudência desta Corte tem entendido que a natureza, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas podem interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (AgRg na Rcl 21.663/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/11/2014, DJe 05/12/2014). 8. In casu, a Corte estadual, sem se alinhar àquela orientação pretoriana, valeu-se, também, da quantidade (55 invólucros) e da natureza da droga (cocaína e maconha) para vedar a substituição pretendida. 9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena. (HC 296.069/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 11/09/2015).

Ante o exposto, **não conheço** do habeas corpus. **Concedo, entretanto, a ordem de ofício** para alterar o regime de cumprimento para o semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b" e § 3º.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0266873-3

HC 339.354 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00478302120148260050 10572014 2014001057 20150000545365 47830212014
478302120148260050

EM MESA

JULGADO: 01/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

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 : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUCAS AKIRA PASCOTO NISHIKAWA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCAS ROSARIO DIEGUES (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 Ribeiro Dantas, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.