



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 324.129 - SP (2015/0115641-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : LUIZ GUSTAVO TRAVIZANUTO MANSUR
ADVOGADO : LUIZ GUSTAVO TRAVIZANUTO MANSUR E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAICON MORAIS SERGIO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/2006. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. DESPROPORCIONALIDADE. ILEGALIDADE. *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 Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59 do Código Penal.

- No caso, o *quantum* da pena (2 anos e seis meses de reclusão) e a primariedade do paciente levariam a fixação do regime aberto. No entanto, tendo em vista que as circunstâncias judiciais não lhe são favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo, e as circunstâncias do caso concreto (quantidade e variedade da droga e o envolvimento de três adolescentes) a fixação do regime de cumprimento de pena no semiaberto se mostra adequado para a repressão do delito.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para cumprimento da pena privativa de liberdade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de outubro de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 324.129 - SP (2015/0115641-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : LUIZ GUSTAVO TRAVIZANUTO MANSUR
ADVOGADO : LUIZ GUSTAVO TRAVIZANUTO MANSUR E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAICON MORAIS SERGIO (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 MAICON MORAIS SÉRGIO, no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal nº 0004833-26.2012.8.26.0201)

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 2 (dois) anos, 6 (cinco) meses de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa.

Interposta apelação, o Tribunal local negou provimento ao recurso, nos seguintes termos (e-STJ fls. 44/71):

APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. Materialidade e autoria delitiva nitidamente demonstradas nos autos. Versão dos réus que restaram improvas. Palavras dos policiais firme e coerentes. Não haveria como se questionar tais depoimentos, eis que se revestem de fé-pública. Condenação era de rigor. Absolvição imprópria do acusado Maicon Moraes. Impossibilidade. Laudo que constatou que o acusado era capaz de entender o caráter ilícito do fato e por este entendimento de se determinar, apesar de ser esquizofrênico. Penas devidamente dosadas que comportam reparo. Aumento da redução de pena prevista pelo § 4º, artigo 33 da nova Lei. Inviabilidade. Réus que possuíam significativa quantidade de drogas. Regime inicial fechado que era o único cabível - substituição que se mostra insuficiente para a prevenção e repressão do delito em tela. Aplicação do art. 387, § 2º, do CPP. Impossibilidade. Não basta somente o simples cumprimento de parte da pena. Necessidade de avaliação do mérito. Sentença que bem analisou o quadro probatório, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos. Recurso defensivo desprovido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No presente *writ*, o impetrante alega que o regime de cumprimento de pena foi fixado no mais gravoso apenas com fundamento na gravidade abstrata do delito, o que seria ilegal. Dessa forma, pugna pela fixação do regime aberto.

O pedido de liminar foi indeferido às e-STJ fls. 86/87.

O Ministério Público Federal opinou, às e-STJ fls. 99/103, pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 324.129 - SP (2015/0115641-6)

VOTO

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

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do habeas corpus e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 4ª Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

A insurgência volta-se contra a fixação do regime inicial fechado, supostamente fundamentado na gravidade abstrata do delito.

A dosimetria da pena e o estabelecimento do regime prisional inserem-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador e estão atrelados às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, que somente podem ser revistos por esta Corte, mormente em *habeas corpus*, em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

Quanto ao regime prisional, cumpre asseverar que o Supremo Tribunal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59 do Código Penal:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 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 nº 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 nº 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 nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 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 (STF, HC n. 111.840, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe em 17/12/2013).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Esse entendimento também é adotado por ambas as Turmas da Terceira Seção desta Corte, conforme se verifica dos seguintes julgados: HC n. 264.068/RS, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 11/2/2015; HC n. 274.020/SP, Relator Ministro ERICSON MARANHÃO (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe 19/2/2015; e HC n. 299.797/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 2/12/2014.

No caso dos autos, o Tribunal *a quo* manteve o regime inicial fechado, sob o seguinte fundamento (e-STJ fl. 67/68):

Finalmente, no tocante ao regime inicial de cumprimento da pena corporal, o magistrado observou que filia-se ao entendimento de que apenas o regime fechado é consentâneo com a hipótese dos autos, ressaltando, ainda, que o indivíduo que incorre no crime de tráfico - viciando pessoas e destruindo famílias revela extrema periculosidade. Além disso, a infração em comento intranquiliza a população e estaria crescendo de modo aterrador.

Acrescentou a isso, as circunstâncias do caso concreto não permitem que os réus sejam beneficiados com a fixação de regime inicial de cumprimento de pena diverso do fechado (art. 33, § 3º, -do Código Penal). O envolvimento de menores na empreitada criminosa revela maior reprovabilidade da conduta. Além disso, a expressiva quantidade de entorpecente apreendida é suficiente para demonstrar o alcance da conduta dos réus a um número considerável de usuários, justificando a fixação do regime mais gravoso para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

E com razão.

O regime inicial não poderia mesmo ser outro que não o fechado haja vista a gravidade dos fatos, em que os acusados traziam consigo e tinham em depósito significativa quantidade de substância entorpecente, de elevadíssimo potencial lesivo. Acresce-se a isso que os acusados praticavam a traficância com outros três adolescentes, o indiscutivelmente torna o delito ainda mais reprovável.

Ademais, não podendo o julgador desconsiderar que o ilícito do qual ora se trata tem como principal engrenagem motora a dependência química e psíquica, principalmente por parte de jovens de diferentes classes sociais, o que acaba por resultar no aumento da criminalidade pelo cometimento de crimes mais graves em prol do sustento de tal vício.

Daí o reconhecimento da alta periculosidade da conduta, de forma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que o regime fechado permitirá ao condenado uma maior recuperação, bem como a importante reflexão quanto ao impacto social e a gravidade de sua conduta.

Da leitura do acórdão, verifica-se que, ao contrário do que foi afirmado pela defesa, o regime de cumprimento da pena foi fixado de acordo com as circunstâncias do caso concreto e não na gravidade abstrata do delito. Contudo, ainda que fundamentada nas peculiaridades do caso concreto, vislumbro desproporcionalidade na fixação do regime fechado.

No caso, o *quantum* da pena (2 anos e 6 meses de reclusão) e a primariedade do paciente levariam a fixação do regime aberto. No entanto, tendo em vista que as circunstâncias judiciais não lhe são favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo, e as circunstâncias do caso concreto (quantidade e variedade da droga e o envolvimento de três adolescentes) a fixação do regime de cumprimento de pena no regime semiaberto se mostra adequada para a repressão do delito.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para fixar o regime semiaberto para cumprimento da pena privativa de liberdade.

É o voto.

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0115641-6

HC 324.129 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00048332620128260201 20140000463667 48332620128260201

EM MESA

JULGADO: 01/10/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: LUIZ GUSTAVO TRAVIZANUTO MANSUR
ADVOGADO	: LUIZ GUSTAVO TRAVIZANUTO MANSUR E OUTRO(S)
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: MAICON MORAIS SERGIO (PRESO)
CORRÉU	: MAICON CESAR PEREIRA KINDLER

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 Ribeiro Dantas, Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.