



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 294.082 - SP (2014/0106273-7)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNA GONÇALVES LOUREIRO DE ANDRADE BARROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANILO DE FREITAS CORTES

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. FIXAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE.

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 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, nos termos do art. 44 do Código Penal.

4. Na hipótese, tanto a fixação do regime inicial fechado para cumprimento da reprimenda de 2 anos, 2 meses e 7 dias de reclusão, quanto a vedação de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ocorreram em manifesto descompasso com as decisões pretorianas.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena, restabelecendo a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, na forma como definida na sentença.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 26 de maio de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 294.082 - SP (2014/0106273-7)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio com pedido liminar impetrado em favor de DANILO DE FREITAS CORTES, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Narra a impetração que o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006, à pena de 2 anos, 2 meses e 7 dias de reclusão, em regime inicial fechado, tendo a reprimenda sido substituída por duas penas restritivas de direitos.

Ao prover apelo ministerial, o Tribunal *a quo* cassou a referida substituição, mantendo os demais termos do decreto condenatório.

No presente *writ*, insurge-se a impetrante contra o regime prisional, afirmando que sua fixação fundou-se na equiparação do delito a crime hediondo, em confronto com o decidido pelo STF no HC n. 111.840/ES, buscando-se a modificação para o regime aberto.

Sustenta, ainda, que o paciente preenche os requisitos legais para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do CP.

Indeferida a liminar pelo em. Ministro Moura Ribeiro (fls. 57/58). Prestadas as informações (fls. 66/107).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *mandamus* e, caso conhecido, pela concessão da ordem (fls. 112/117).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 294.082 - SP (2014/0106273-7)

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.

In casu, analisando a questão suscitada na presente impetração, observo existir ilegalidade flagrante a ensejar a concessão de *habeas corpus* de ofício.

Com efeito, o juiz sentenciante, após fixar a pena definitiva do paciente em 2 anos, 2 meses e 7 dias de reclusão, determinou o cumprimento da reprimenda em regime inicial fechado, exclusivamente "em razão da hediondez do delito de tráfico de drogas, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90" (fl. 31), tendo o Tribunal de origem anuído à tal conclusão (fl. 48).

Ora, 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.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 440, com a seguinte redação: "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*:

Súmula 718. 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.

Súmula 719. A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. 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.

– Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem 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 – 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Ministra MARILZA MAYNARD (Desembargadora convocada do TJ/SE), SEXTA TURMA, DJe 19/12/2013)

De outro turno, a Suprema Corte, no HC n. 97.256/RS, também passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343, de 2006, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012).

Ocorre que a Corte de origem vedou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com o fundamento de que o tráfico de drogas, "por sua própria natureza, é crime gravíssimo, que enseja séria ameaça à saúde pública, razão pela qual tal benesse não se coaduna com a necessária repressão penal a ser estabelecida" para aquela infração (fl. 101), em manifesto descompasso com a orientação pretoriana.

Desse modo, afastado o óbice da parte final do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 (vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos) e preenchidos os requisitos previstos em tal dispositivo legal, deve ser levada a efeito a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, já definidas na sentença (prestação pecuniária de R\$ 545,00 a uma entidade pública ou privada de destinação social e prestação de serviços à comunidade ou a entidade a ser indicada pelo juízo da execução – fl. 32).

Diante do exposto, NÃO CONHEÇO do presente *habeas corpus*. CONCEDO a ordem, de ofício, para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena, bem como restabelecer a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tal como definido na sentença.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0106273-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 294.082 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00617552620108260050 617552620108260050

EM MESA

JULGADO: 26/05/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNA GONÇALVES LOUREIRO DE ANDRADE BARROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANILO DE FREITAS CORTES

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