



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.935 - SP (2015/0260791-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANDRE CADURIN CASTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FRANCISCO MIGUEL DE OLIVEIRA JUNIOR (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. Contudo, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.464/2007. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 11.464/2007. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE MODO DIVERSO DO FECHADO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO SUFICIENTE A JUSTIFICAR O REGIME MAIS GRAVOSO. FAVORABILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CP. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.464/2007, que estabelecia o modo inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos cometidos após a sua entrada em vigor, o regime prisional para esses tipos de crimes deve agora ser fixado de acordo com o previsto no artigo 33 do Código Penal.

2. No caso dos autos, conquanto a reprimenda do acusado tenha sido fixada em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a autoridade apontada como coatora manteve o modo fechado para o resgate da reprimenda sem qualquer fundamentação, baseando-se apenas na previsão legal contida no § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990, o que revela o constrangimento ilegal a que está sendo submetido o paciente. Imperiosa, portanto, a alteração para o aberto.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de alterar o regime inicial para o aberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de maio de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.935 - SP (2015/0260791-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANDRE CADURIN CASTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FRANCISCO MIGUEL DE OLIVEIRA JUNIOR (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de FRANCISCO MIGUEL DE OLIVEIRA JUNIOR contra acórdão proferido pela 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou o *Writ* n. 2173053-66.2015.8.26.0000.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que o regime inicial deveria ter sido fixado de acordo com o art. 33, § 2º, do Código Penal, em razão da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, sob pena de entendimento em sentido contrário malferir o princípio da individualização da pena.

Alega que a aplicação do redutor de pena previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, afastaria o caráter hediondo do crime de tráfico de entorpecentes, motivo pelo qual deveria ter sido imposto o modo inicial aberto.

Afirma que não teria sido apresentada fundamentação idônea para justificar o sistema prisional, ressaltando que a pena-base teria sido fixada no mínimo legal, razão pela qual seria cabível o modo mais brando, conforme dispõem os enunciados de Súmula ns. 440 deste STJ, 718 e 719 do STF.

Requer a concessão da ordem constitucional a fim de seja permitido ao sentenciado aguardar o trânsito em julgado da ação penal no regime aberto.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.935 - SP (2015/0260791-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

A propósito:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA. ACUSADO FORAGIDO. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL.

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, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em se concede a ordem de ofício.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 302.771/PI, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 19/11/2014)

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, em razão da prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, porque:

"[...] no dia 16 de janeiro de 2015, por volta das 17h30, na Avenida Dom Pedro I, nº 5651, Vila Gosuem, nesta cidade e comarca de Franca, FRANCISCO MIGUEL DE OLIVEIRA JÚNIOR (qualificado à folha 19) adquiriu e guardava, para fim de tráfico ou qualquer outra forma de disseminação, 10,267 g (dez gramas, duzentos e sessenta e sete miligramas) da droga vulgarmente conhecida como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crack, e 0,213 g (duzentos e treze miligramas) da droga conhecida por cocaína [...]" (e-STJ fl. 10).

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante a Corte de origem, a qual lhe denegou a ordem.

No que concerne ao regime inicial de cumprimento de pena, observa-se que o magistrado de primeiro grau fixou o modo fechado com esteio na hediondez do delito, *verbis*:

"Tratando-se de delito equiparável a crime hediondo, sua pena deverá ser cumprida em regime inicialmente fechado" (e-STJ fl. 32).

O Tribunal *a quo*, de igual forma, manteve o regime fechado, nos seguintes termos:

Some-se, quanto ao regime prisional, que vige em nosso ordenamento jurídico o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. [...] No caso sub examine, o juiz sentenciante não se afastou de critérios razoáveis, e pautou-se pelos limites legais. Assim, não houve decisão contrária à lei, que pudesse caracterizar abuso de poder. (e-STJ fls. 37-39)

Acerca do tema, cumpre observar que a nova redação dada ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 pela Lei 11.464/07, que estabelecia a obrigatoriedade de cumprimento inicial da pena no modo fechado, nos casos de condenação pelo delito do art. 33 da Lei de Drogas, foi declarada, por maioria de votos e de forma incidental, inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do HC 111.840, da Relatoria do Exmo. Sr. Ministro Dias Toffoli, ocorrido em 27-6-2012, por entender-se que o dispositivo contraria a Constituição Federal, especificamente no ponto que trata do princípio da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI), devendo o regime prisional, então, ser fixado de acordo com o previsto no art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal.

Como sabido, o controle incidental de constitucionalidade, também chamado doutrinariamente de controle por via difusa, por via de defesa, ou por via de exceção, se dá em qualquer instância judicial, por juiz ou tribunal, em casos concretos, comuns e rotineiros, e ocorre quando uma das partes questiona a Justiça sobre a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucionalidade de determinada norma.

Certo também que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade pela via difusa são restritos ao processo e às partes, e, via de regra, retroagem desde a origem do ato subordinado à inconstitucionalidade da lei/norma assim declarada.

Entretanto, tendo a inconstitucionalidade sido declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe a interpretação da Constituição Federal, deve ser seguida a orientação dada pela Corte Suprema.

Dessa forma, e considerando-se a declaração de inconstitucionalidade, ainda que por maioria de votos e de forma incidental, da nova redação dada ao art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 pela Lei n. 11.464/07, deve o regime prisional ser fixado de acordo com os ditames do art. 33, § 2º e 3º, c/c art. 59 do Código Penal.

Assim, na hipótese, embora a reprimenda tenha sido fixada em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, o Tribunal de origem manteve o modo mais gravoso para o resgate da reprimenda sem qualquer fundamentação concreta, arrimando-se apenas na previsão legal contida no § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990, o que revela o constrangimento ilegal a que está sendo submetido o paciente no ponto.

Desse modo, não havendo motivação suficiente à escolha do regime inicial fechado e tendo em vista a primariedade do paciente, bem como a favorabilidade das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, imperiosa a sua modificação para o aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea c, do Código Penal.

Nesse norte, confira-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. PACIENTE PRIMÁRIO, CONDENADO À PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS, COM TODAS AS CIRCUNSTÂNCIAS OBJETIVAS E SUBJETIVAS FAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. O quantum da condenação (1 ano e 8 meses de reclusão), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de liberdade no regime aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea c, do CP, além da substituição por restritiva de direitos.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, confirmando a liminar anteriormente deferida, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

(HC 346.761/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 11/03/2016)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990. FUNDAMENTO INVÁLIDO. DISPOSITIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. RECURSO EM LIBERDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

3. Estabelecida a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, sendo primário o agente e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei de Drogas.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Tribunal de origem.

(HC 322.891/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 17/03/2016)

Nesse mesmo sentido opinou o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 93, *verbis*:

Em que pese se tratar de writ substitutivo recursal, o Ministério Público Federal manifesta-se pela concessão da ordem de ofício, para que o paciente – condenado às penas de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime fechado, e multa, pelo crime de tráfico, com o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 – seja colocado em regime inicial aberto, uma vez que, aliado ao quantum de pena fixado, não foram consideradas desfavoráveis quaisquer das circunstâncias judiciais legalmente previstas.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do *writ*, concedendo-se, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, a fim de **alterar o regime inicial para o aberto**, mantidos os demais termos do acórdão objurgado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0260791-0

HC 338.935 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00000494120158260608 21730536620158260000 494120158260608

EM MESA

JULGADO: 17/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: ANDRE CADURIN CASTRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: FRANCISCO MIGUEL DE OLIVEIRA JUNIOR (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, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.