



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 378.720 - SP (2016/0299018-6)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : MARCO ANTONIO ALVARENGA SEIXAS
ADVOGADO : MARCO ANTONIO ALVARENGA - SP189619
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCAS JORGE ROBALLO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.

2. 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.

3. 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.

4. Sendo o paciente primário, com circunstâncias judiciais favoráveis, e a quantidade e a diversidade dos entorpecentes apreendidos (128g de maconha e 26g de cocaína), justificam a fixação do regime legal, ou seja, o modo aberto. O regime inicial fechado, excessivamente mais severo do que a pena de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, revela-se desproporcional.

5. Do mesmo modo, o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não se justifica, mormente porque preenchidos todos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixar o regime inicial aberto e determinar a substituição da pena de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções Penais.

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, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 378.720 - SP (2016/0299018-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : MARCO ANTONIO ALVARENGA SEIXAS
ADVOGADO : MARCO ANTONIO ALVARENGA - SP189619
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCAS JORGE ROBALLO (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LUCAS JORGE ROBALLO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante e denunciado pela prática do crime de tráfico de drogas, porque trazia consigo 128,75g de maconha e 26,40g de cocaína.

Foi a prisão em flagrante substituída por prisão preventiva. Posteriormente, foi revogada a prisão cautelar.

Em primeiro grau, o paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano e 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, no regime fechado, sendo-lhe permitido o apelo em liberdade.

Interposto recurso de apelação, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao reclamo "apenas para isentar o réu do pagamento das custas e despesas processuais, mantida, no mais, a r. sentença" (e-STJ fl. 108). Manejado recurso especial, foi inadmitido na origem (e-STJ fls. 132/133).

No presente *writ*, sustenta a defesa que, após a revogação da prisão cautelar, o paciente passou a apresentar um quadro grave de depressão, não podendo, assim, iniciar o cumprimento da pena.

Alega que a substituição da pena seria mais adequado ao caso, bem como a aplicação do regime aberto.

Por fim, aponta a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Foi deferido o pedido liminar "para assegurar ao paciente o direito de aguardar, no regime aberto, o julgamento do presente *habeas corpus*" (e-STJ fls. 229/231).

Prestadas as informações solicitadas (e-STJ fls. 242/247 e 253/276), opinou o Ministério Público Federal pela prejudicialidade do pedido (e-STJ fls. 250/251).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 378.720 - SP (2016/0299018-6)

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, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, em princípio, 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, a fixação do regime aberto, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal.

De início, nota-se que a impetração não se encontra prejudicada, pois a expedição do contramandado de prisão decorreu da liminar concedida no presente *writ*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como é cediço, em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistiu 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 Tribunal *a quo* manteve o regime prisional fechado pelos seguintes fundamentos (e-STJ fls. 165/166):

O regime para o resgate deve ser o inicial fechado, visto cuidar-se de crime grave. Ademais, o acusado tinha em seu poder considerável porção de estupefaciente.

Assim, embora a Corte local tenha feito referência à gravidade abstrata do delito para manter o regime prisional, também baseou-se nas circunstâncias específicas do delito.

Entretanto, o regime inicial fechado, excessivamente mais severo do que a pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão comporta revela-se desproporcional. Sendo o paciente primário, com circunstâncias judiciais favoráveis, a quantidade, a natureza e a diversidade dos entorpecentes apreendidos – 128g de maconha e 26g de cocaína –, por si só, não justificam a fixação do regime fechado, na esteira do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, devendo ser fixado o regime legal, ou seja, o aberto..

Quanto à possibilidade de substituição da pena, da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal, em 1º/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.

Assim, verifica-se que as circunstâncias do caso concreto recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Precedente.

2. Todavia, 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 ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FIXADA EM 1/6. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. ALTERAÇÃO DA FRAÇÃO PARA 1/2. ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

2. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a aplicação do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação, devem ser consideradas as circunstâncias do caso concreto.

3. In casu, as instâncias de origem fixaram a fração em 1/6 (um sexto) em razão do volume do estupefaciente apreendido. Entretanto, a quantidade da referida droga não é elevada, afastando a escolha do quantum mínimo.

4. Assim, mostra-se razoável e proporcional ao caso a redução da reprimenda em 1/2 (metade).

REGIME INICIAL. DESPROPORCIONALIDADE AO QUANTUM FINAL DA PENA. ALTERAÇÃO PARA O MODO ABERTO.

Reduzida a pena privativa de liberdade para patamar inferior a 4 (quatro) anos, mister a readequação do regime inicial para o aberto, em conformidade com o art. 33, § 2º, alínea c, do CP.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. PREENCHIMENTO.

1. A substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito mostra-se possível quando encontram-se atendidos os requisitos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

previstos no art. 44 do Código Penal.

2. No presente caso, encontram-se preenchidos os pressupostos necessários à conversão da pena privativa de liberdade, haja vista as circunstâncias do crime noticiado.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a pena para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e multa, alterar o regime inicial para o aberto e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem designadas pelo Juízo de Execução Penal.

(HC 363.163/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017)

Por fim, observa-se que não transcorreu o prazo de 4 (quatro) anos entre os marcos interruptivos da prescrição, o que afasta o pleito de extinção da punibilidade.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. **Concedo, entretanto, a ordem de ofício** apenas para estabelecer o regime aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções Penais.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0299018-6

HC 378.720 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00311833520128260562 2014000092197 311833520128260562 6152012 9000002572012

EM MESA

JULGADO: 07/02/2017

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

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCO ANTONIO ALVARENGA SEIXAS
ADVOGADO : MARCO ANTONIO ALVARENGA - SP189619
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCAS JORGE ROBALLO (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, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.