



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 252.883 - SP (2012/0182988-9)

RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES
IMPETRANTE : DEISE GOMES DA CUNHA TURETA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GABRIEL JOANICO PRADO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. FLAGRANTE ILEGALIDADE CONFIGURADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AVALIAÇÃO EM CONCRETO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1 - À luz do disposto no art. 105 da Constituição Federal, esta Corte de Justiça não vem mais admitindo a utilização do *habeas corpus* como substituto de recurso ordinário, recurso especial, ou revisão criminal, sob pena de se frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.

2 - Impende ressaltar que, uma vez constatada a existência de ilegalidade flagrante, nada obsta que se defira ordem de ofício, como forma de coarctar o constrangimento ilegal, situação configurada na espécie.

3 - Esta Corte, alinhada com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, tem afastado a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crime hediondo ou equiparado, em observância ao princípio da individualização da pena. Portanto, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena no tocante a tais delitos, devem ser normalmente seguidos os critérios previstos nos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal.

4 - No que se refere à substituição de pena, o acórdão valeu-se de fundamentação concreta para negar o benefício, porquanto sublinhou a quantidade e diversidade de entorpecente apreendido.

5 - *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que o Juízo das Execuções reavalie a aplicação do regime prisional.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. As Sras. Ministras Assusete Magalhães e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 28 de maio de 2013(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO OG FERNANDES
Presidente e Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 252.883 - SP (2012/0182988-9)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: A hipótese é de *habeas corpus* impetrado em favor de Gabriel Joanico Prado, apontando-se como coator o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O paciente foi flagrado tendo em depósito em sua residência 47 ampolas plásticas contendo cocaína, com o peso de 35,9 g (trinta e cinco gramas e nove decigramas), bem como 39 porções de maconha, pesando 62,7 g (sessenta e dois gramas e sete decigramas).

Foi condenado a 1 ano, 11 meses e 10 dias reclusão, inicialmente no regime fechado, e 194 dias-multa, por tráfico de drogas, reprimenda mantida em sede de apelação.

O acórdão transitou em julgado.

Pretende a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da pena e a sua substituição por medidas restritivas de direito, afirmando que é primário e favoráveis as circunstâncias judiciais.

Indeferida a liminar, o Ministério Público Federal é pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 252.883 - SP (2012/0182988-9)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR): À luz do disposto no art. 105 da Constituição Federal, esta Corte de Justiça não vem mais admitindo a utilização do *habeas corpus* como substituto de recurso ordinário, recurso especial, ou revisão criminal, sob pena de se frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.

Assim, verificada hipótese de dedução de *habeas corpus* em lugar do recurso próprio, impõe-se a rejeição da impetração. Impende ressaltar que, uma vez constatada a existência de ilegalidade flagrante, nada obsta que se defira ordem de ofício, como forma de coarctar o constrangimento ilegal, situação ocorrente na espécie.

Primeiro, importa salientar que esta Corte, alinhada com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, tem afastado a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crime hediondo ou equiparado, em observância ao princípio da individualização da pena.

Portanto, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena no tocante a tais delitos, devem ser normalmente seguidos os critérios previstos nos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal.

A exemplo, os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE AFASTADA. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 33 C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS N.os 440 DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Na hipótese, o Paciente foi condenado como incurso no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, às penas de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 168 dias-multa, porque, no dia 09/01/2010, foi preso em flagrante delito, com 497,12g (quatrocentos e noventa e sete gramas e doze centigramas) de cocaína,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

destinadas à comercialização ilícita.

2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime prisional fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33 c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Inteligência das Súmulas n.os 440 do Superior Tribunal de Justiça e 719 do Supremo Tribunal Federal.

3. A proibição da conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos foi afastada pela Suprema Corte, por ocasião do julgamento do HC 97.256/RS, que ensejou a edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, pela qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

4. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para determinar ao Juízo das Execuções que, à luz dos elementos constantes nos autos de execução, proceda à fixação do regime prisional adequado à espécie, bem como examine o preenchimento ou não pelo Paciente dos requisitos necessários à substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

(HC nº 213.593/MG, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe de 25/4/2013)

REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/1990 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ART. 33 DO CP E 42 DA LEI N. 11.343/2006. REGIME ABERTO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

- 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.

- Na hipótese dos autos, tendo a pena sido fixada em 01 (ano) e 08 (oito) meses de reclusão, a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 aplicada no patamar máximo, sendo o réu não reincidente e favoráveis as circunstâncias - não expressiva a quantidade de droga apreendida (quatro pedras de crack) a fixação do regime aberto é medida que se impõe.

- Recurso especial provido para fixar o regime aberto como inicial para o cumprimento da pena.

(REsp nº 1.364.906/MG, Relatora a Desembargadora convocada Marilza Maynard, DJe de 25/4/2013)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Noutro giro, o Supremo Tribunal Federal, ao decidir o HC n. 97.256/RS, também reconheceu a inconstitucionalidade da regra prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, que proíbe a conversão da sanção corporal em restritiva de direitos aos condenados por tráfico de drogas. Não é por outro motivo que foi editada, pelo Senado Federal, a Resolução n. 5/2012, suspendendo a execução da referida norma.

Confirmam-se os precedentes:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. FALTA DE CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA.

1. As Turmas que compõem a Terceira Seção vêm adotando o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal segundo o qual é inadmissível o emprego do *writ* em substituição ao meio próprio previsto em lei. Somente em casos excepcionais e, a depender da matéria veiculada, admitir-se-á *habeas corpus* substitutivo.

2. No que tange aos *habeas corpus* ajuizados antes da alteração da jurisprudência, não ocorrerá prejuízo ao paciente, ante a possibilidade de concessão, se for o caso, da ordem de ofício.

3. **É consabido que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC n. 97.256/RS, declarou a inconstitucionalidade da vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pelo delito de tráfico de drogas. Tanto que, recentemente, foi editada pelo Senado Federal a Resolução n. 5/2012.**

4. Na hipótese em exame, inexistente constrangimento ilegal a ser reparado, porquanto o Tribunal estadual, para afastar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, valeu-se não da vedação legal, mas do fato de haver sido apreendida com o réu considerável quantidade de droga (mais de 2 kg de maconha). Precedentes.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC nº 227.416/SP, Relator o Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe de 1º /3/2013)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. GRANDE QUANTIDADE DA DROGA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

(...)

3. **Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.**

4. *In casu*, a negativa de abrandamento do regime inicial baseou-se, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. O Tribunal de origem sequer analisou a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o que impediria a análise da matéria por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. Verifica-se, entretanto, manifesta ilegalidade a ensejar a concessão da ordem, de ofício.

5. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que o Tribunal *a quo* não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal.

6. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de entorpecentes, bem como o óbice do art. 44 do Diploma Antidrogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

(HC nº 242.513/DF, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 26/3/2013)

Entretanto, tem-se, no caso em apreço, que as instâncias ordinárias, ao fixarem o regime inicial fechado para o início do desconto da pena corporal, erigiram como fundamento apenas o caráter hediondo da infração penal.

Leia-se, no ponto, o acórdão:

O regime prisional, por sua vez, foi o inicial fechado, em decorrência dos ditames da Lei 11.464/07. Nesse sentido, confira-se: "*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. MANUTENÇÃO DA NATUREZA HEDIONDA DO DELITO. REGIME FECHADO OBRIGATÓRIO" (Superior Tribunal de Justiça - HC 149965/SC - Ministra LAURITA VAZ - QUINTA TURMA - DJe 23/08/2010).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Convém, diante desse quadro, que seja reavaliada a aplicação do regime inicial de cumprimento de pena com base em dados concretos.

De outro lado, no que se refere à substituição de pena, constata-se que o acórdão valeu-se de motivação idônea para negar o benefício, porquanto sublinhou a quantidade e diversidade de entorpecente apreendido, não merecendo, nesse ponto, reparo. É o que se vê do seguinte trecho:

E, na espécie, como foram apreendidas 47 ampolas de "cocaína", bem como 39 porções de "maconha", a aplicação de pena alternativa encontra óbice na exegese do artigo 44, inciso III, do Código Penal, sendo insuficiente como reposta à culpabilidade do agente, aos motivos e às consequências do exercício da atividade ilícita.

À vista de todo exposto, não conheço do presente *habeas corpus*. Em razão da presença de flagrante ilegalidade, concedo a ordem, de ofício, tão somente para que o Juízo das Execuções reavalie a aplicação do regime prisional.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0182988-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 252.883 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2780120110007162 652011 7168620118260278

EM MESA

JULGADO: 28/05/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEISE GOMES DA CUNHA TURETA - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : GABRIEL JOANICO PRADO (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator.

As Sras. Ministras Assusete Magalhães e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.