



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 322.810 - SP (2015/0102458-5)

**RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**
IMPETRANTE : NASSER TAHA EL KHATIB
ADVOGADO : NASSER TAHA EL KHATIB
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLAUDIA MONTEIRO MALTA

EMENTA

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

1. A via eleita se revela 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. 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. PRISÃO. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. PRETENSÃO DE AGUARDAR EM LIBERDADE O DESFECHO DA AÇÃO PENAL. SUPERVENIÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO. PERDA DO OBJETO. *MANDAMUS* PREJUDICADO NESSE PONTO.

1. Tendo o impetrante almejado no presente *writ* o direito de a paciente aguardar em liberdade o desfecho da ação penal contra ela deflagrada, e sobrevindo o trânsito em julgado da condenação, esvazia-se o objeto do *writ* no ponto.

REGIME PRISIONAL FECHADO DETERMINADO COM BASE NA NATUREZA HEDIONDA E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/2007. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI 8.072/1990, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 11.464/2007. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA. NECESSÁRIA ANÁLISE DOS REQUISITOS DO ARTIGO 33 DO CÓDIGO PENAL PELO JUÍZO COMPETENTE. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que fixada a pena-base no mínimo legal e sendo o acusado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

primário e sem antecedentes criminais não se justifica a fixação do regime prisional mais gravoso (Súmula 440/STJ).

2. A Suprema Corte, nos verbetes 718 e 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado.

3. 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 em relação aos delitos hediondos cometidos após a sua entrada em vigor, o regime prisional para esses tipos de crimes deve ser fixado de acordo com o previsto no artigo 33 do Código Penal.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 44 DA LEI 11.343/06 PELO STF. SUSPENSÃO DA NORMA PELO SENADO. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. NEGATIVA FUNDADA NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO E À SUA EQUIVALÊNCIA AO CRIME HEDIONDO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. COAÇÃO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADA.

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental, pelo STF, dos arts. 33, § 4º, e 44 da Lei 11.343/2006, na parte em que vedavam a substituição da pena reclusiva por medidas alternativas, e a suspensão da sua execução, pelo Senado Federal, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

2. A gravidade abstrata do delito não constitui, por si só, motivação idônea para justificar o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

3. Afastado os fundamentos em que as instâncias ordinárias se embasaram para negar a permuta, mostra-se necessária a análise dos termos insculpidos no art. 44 do Código Penal, que deverá ser feita pelo Juízo competente.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de determinar que o Juízo competente analise os requisitos previstos nos artigos 33 e 44 do Código Penal para a fixação do regime inicial e para a substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito, respectivamente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

A Quinta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca e Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC) votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 322.810 - SP (2015/0102458-5)

**RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**

IMPETRANTE : NASSER TAHA EL KHATIB

ADVOGADO : NASSER TAHA EL KHATIB

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : CLAUDIA MONTEIRO MALTA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE) (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de CLAUDIA MONTEIRO MALTA, contra acórdão proferido pela 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento à Apelação n.º 0002488-22.2007.8.26.0247, mantendo a sentença que a condenou à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que a paciente deveria recorrer em liberdade, uma vez que a pena imposta seria inferior a 4 (quatro) anos.

Alega que, dada a declaração de inconstitucionalidade do art. 44 da Lei de Drogas, pelo Supremo Tribunal Federal, seria possível a substituição da pena por restritivas de direitos.

Defende que o fundamento utilizado pelo Tribunal de origem para manter o regime inicial fechado deveria ser afastado, de modo que seria imperiosa a análise do art. 33, do Código Penal para fixação do modo prisional.

Requer, liminarmente, a concessão da ordem constitucional a fim de que seja expedido contramandado de prisão em favor da paciente. No mérito, pugna para que o regime prisional seja determinado de acordo com o art. 33 do CP, e que sejam examinados os pressupostos para a substituição da reprimenda por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 322.810 - SP (2015/0102458-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE) (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 a paciente foi condenada à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, em razão da prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, porque:

"[...] no dia 20 de dezembro de 2007, agindo em concurso com o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

co-acusado, com unidade de desígnios e identidade de propósitos, guardando, para fins de tráfico, num chalé da Rua José Pereira da Silva, nº 115, casa 08, bairro Praia Grande, cidade e Foro Distrital de Ilhabela, um tablete de “Cannabis Sativa L” (“maconha”), acondicionado em um saco plástico, além de 13 (treze) porções individuais, da mesma substância, capaz de causar dependência física e psíquica para quem as utiliza, fazendo-o sem autorização legal e em desacordo com a determinação legal e regulamentar” (e-STJ fls. 38-39).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, o qual lhe negou provimento, mantido o édito condenatório na íntegra.

No que diz respeito ao pedido de expedição do contramandado de prisão, tem-se que o pleito encontra-se prejudicado em razão do trânsito em julgado da condenação em 27-2-2014 (e-STJ fl. 14), porquanto fica superada a análise da legalidade da prisão antecipada imposta à paciente, por se tratar, agora, de prisão-pena, que deve ser cumprida imediatamente, e não mais de prisão processual.

Em relação ao modo inicial de execução da pena, verifica-se que o Juízo sentenciante fixou o modo mais gravoso, sob a seguinte fundamentação:

"O regime de cumprimento da pena corporal segundo a nova redação dada ao artigo 2º, §1º, da Lei 8.072/90, pela Lei nº 11.464/07 deverá ser o INICIAL FECHADO, seja pela expressa determinação legal, seja pela natureza nefasta do delito praticado" (e-STJ fls. 47-48).

O Tribunal *a quo*, por sua vez, ratificou o regime inicial fechado por entender estar bem fundamentado (e-STJ fl. 57).

Da leitura do excerto acima transcrito, constata-se que o fundamento apresentado pelas instâncias de origem para manter o sistema prisional fechado revela-se inidôneo, porquanto se refere a natureza hedionda do delito e, nos termos do reiterado entendimento adotado por este Sodalício, é insuficiente à determinação de regime inicial mais gravoso, sobretudo quando a paciente é primária, ostenta bons antecedentes e a pena-base não ultrapassa o mínimo legal, como no caso dos autos.

A matéria, aliás, está sumulada no âmbito desta Corte, no enunciado n. 440, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

saber:

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.

O Supremo Tribunal Federal também possui orientação firmada acerca do tema, cristalizada nos verbetes ns. 718 e 719, respectivamente:

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.

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

Ademais, deve se 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.

Portanto, afastando-se os fundamentos em que as instâncias de origem se embasaram para manter o regime inicial fechado, mostra-se necessária a análise dos termos insculpidos no art. 33 e parágrafos do Código Penal, para fins de determinar o modo prisional no qual deve iniciar o cumprimento da sanção, que deverá ser feita pelo Juízo competente.

No que se refere à almejada substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, verifica-se que o magistrado de primeiro, em decisão confirmada pela Corte *a quo* (e-STJ fl. 57), entendeu inviável proceder-se à permuta, sob a seguinte fundamentação:

"Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Justifico.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não se desconhece que em 01.09.2010 o Supremo Tribunal Federal, a mais alta corte do Poder Judiciário, decidiu pela inconstitucionalidade da vedação legal à substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos crimes regulados na Lei Federal nº 11.343/2006. O emblemático leading case coube ao “Habeas Corpus” nº 97.256, impetrado pela Defensoria Pública da União no município de Porto Alegre-RS.

Todavia, tratou-se de uma decisão proferida, por maioria de votos, em sede de controle difuso (ou pela via de exceção ou defesa), no bojo do habeas corpus acima identificado, com efeitos inter partes (restrito ao caso apreciado) e sem caráter vinculante, a impor, obrigatoriamente, a aplicação aos demais casos que apreciem a matéria.

Outrossim, não houve comunicação ao Senado Federal para os efeitos do art. 52, X, da CF/88 – edição de resolução suspensiva da execução, no todo ou em parte, da lei (artigo) declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF – comprometendo a eficácia do disposto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas Como tenho sustentado, a condição de traficante inviabiliza o agraciamento do agente com a substituição em voga, pois o comercializador de drogas, desprovido de senso moral e religioso, destruidor de lares e famílias, não reuni os requisitos subjetivos estampados em lei.

[...]

Ademais, não nos parece ter sido a intenção precípua do Poder Constituinte Originário conceder beneplácitos a crimes equiparados aos hediondos, cujo tratamento jurídico deve merecer maior rigor” (e-STJ fls. 49-50).

Da leitura do trecho supra, nota-se que a juízo primevo negou a permuta sem explicitar motivos suficientes para atestar a ausência de preenchimento dos requisitos previstos no art. 44 do Código Penal pela paciente, fazendo alusão tão somente à sua equivalência ao crime hediondo e à gravidade abstrata do delito, fundamentos que, nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, revelam-se inidôneos para justificar o indeferimento da benesse.

Nesse diapasão, tem-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. VALORAÇÃO NA TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. REGIME PRISIONAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DIVERSO DO FECHADO. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

7. Ante a declaração de inconstitucionalidade, pela Corte Suprema, da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma normativo, mostra-se possível, em princípio, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006.

8. Para tanto, devem ser preenchidos, cumulativamente, os requisitos objetivos e subjetivos exigidos no art. 44 do Código Penal, não sendo possível negar a benesse com base na hediondez e na gravidade abstrata do crime de tráfico, consoante hodierno entendimento dos tribunais superiores.

[...]

10. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda e para determinar ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que verifique o eventual preenchimento, pelo paciente, dos requisitos objetivos e subjetivos necessários à concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, consoante o disposto no art. 44 do CP.

(HC 315.517/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 02/06/2015)

É certo que, embora inicialmente esta Quinta Turma tenha adotado o entendimento de que não se aplicaria ao delito de tráfico de drogas, perpetrado na vigência da Lei n.º 11.343/2006, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista a vedação expressa contida no art. 44 da aludida norma (nesse sentido: *HC 154.799/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 26/08/2010, DJe 27/09/2010; HC 146.032/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 12/08/2010, DJe 13/09/2010*), em 1º de setembro de 2010, o Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da novel Lei de Drogas, bem como da expressão *"vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos"*, contida no art. 44 do mesmo diploma legal, quando do julgamento do *Habeas Corpus* n.º 97.256/RS, da relatoria do Exmo. Ministro Ayres Britto.

Aliás, o Senado Federal, através da Resolução n. 5, de 15-2-2012, suspendeu a execução da expressão *"vedada a conversão em penas restritivas de direitos"* do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/-6, dada a declaração de inconstitucionalidade aludida, dando cumprimento ao previsto no art. 52, X, da CF/88.

Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade das mencionadas expressões dos arts. 33, § 4º e 44, ambos da Lei nº 11.343/06, pela Suprema Corte, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, e observada a suspensão, pelo Senado Federal, da execução de parte do art. 33, § 4º, da Lei citada, por força do art. 52, X, da CF/88, afigura-se possível, em princípio, a substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados por crime de tráfico de drogas, mesmo que cometido na vigência da Lei Antidrogas.

Portanto, afastando-se a motivação adotada para negar a permuta mostra-se necessária a análise dos termos inculpidos no art. 44 do Código Penal, em observância às circunstâncias que envolveram a prática delitiva, para verificar o cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, que deverá ser feita pelo Juízo competente.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do *writ*, concedendo-se, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, a fim de determinar que o Juízo competente analise os requisitos previstos nos artigos 33 e 44 do Código Penal para a fixação do regime inicial à paciente e para a substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito, respectivamente, mantidos os demais termos do acórdão objurgado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0102458-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 322.810 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00024882220078260247 20140000059726 24882220078260247 990081603780

EM MESA

JULGADO: 01/09/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: NASSER TAHA EL KHATIB
ADVOGADO	: NASSER TAHA EL KHATIB
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: CLAUDIA MONTEIRO MALTA
CORRÉU	: CLAUDINEI DE MELO E SILVA

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 Felix Fischer, Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca e Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC) votaram com o Sr. Ministro Relator.