



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 301.330 - SP (2014/0199662-6)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARLISE COSTA GIRARDELI - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JONATHA SALES DELA COSTA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. FIXAÇÃO PELA HEDIONDEZ DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE.

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. A Suprema Corte, 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 fixação de regime inicial fechado com arrimo apenas naquele dispositivo reputado inconstitucional denota, *in casu*, a necessidade de se avaliar, à luz do novel entendimento pretoriano, a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento da reprimenda imposta ao paciente, afastada a obrigatoriedade de fixação do regime inicial fechado do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, pois as instâncias ordinárias não procederem "à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal (HC 300.544/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 15/04/2015).

4. 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, no termos do art. 44 do Código Penal.

5. A jurisprudência desta Corte tem entendido que a natureza, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas podem interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (AgRg na Rcl 21.663/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/11/2014, DJe 05/12/2014).

6. Hipótese em que a Corte estadual, sem desconhecer aquela orientação pretoriana, não considerou recomendável a conversão pretendida, à vista da qualidade e da quantidade da substância



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

encontrada com a paciente (54 porções de cocaína pesando 103,2g), bem como do comportamento e personalidade ostentados pela sentenciada.

7. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Juízo da Execução avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento da reprimenda imposta ao paciente, afastada a obrigatoriedade de fixação do regime inicial fechado, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

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

Brasília, 25 de agosto de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 301.330 - SP (2014/0199662-6)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de JONATHA SALES DELA COSTA, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que a paciente foi condenada como incurso na infração definida no art. 33, *caput*, c/c o § 4º da Lei n. 11.343/2006, sendo-lhe imposta pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, mais multa.

Insurge-se a impetração contra a fixação do regime prisional mais gravoso, destacando que a paciente é primária e não possui antecedentes.

Requer, ainda, seja-lhe conferido o direito à substituição da pena por restritivas de direitos.

Indeferida a liminar pelo em. Ministro Moura Ribeiro (fl. 77).

Prestadas as informações (fls. 85/166).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* e, caso conhecido, pela denegação da ordem (fls. 170/174).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 301.330 - SP (2014/0199662-6)

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.

Atinente ao regime prisional para o cumprimento da pena privativa de liberdade, 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.

No caso, tanto o sentenciante quanto o Tribunal de origem se valeram daquele dispositivo declarado inconstitucional pelo STF para fixar o regime prisional fechado (fls. 38 e 72).

Tal constatação denota a necessidade de se avaliar, à luz do novel entendimento, a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento da reprimenda imposta à paciente, afastada a obrigatoriedade de fixação do regime inicial fechado do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, pois as instâncias ordinárias não procederem "à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal (HC 300.544/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 15/04/2015).

No tocante à substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos, nada obstante o afastamento pelo Colendo STF da vedação legal contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (HC 97.256-RS), cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012), a concessão dessa benesse aos condenados pelo crime de tráfico de drogas reclama o preenchimento dos requisitos insertos no art. 44 do Código Penal, dentre eles aqueles de cunho subjetivo, elencados no inciso III daquele preceptivo legal (culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do condenado, motivos e circunstâncias que indicarem ser a substituição suficiente).

Por outro lado, de acordo com o art. 42 da Lei de Drogas, a quantidade e a natureza da substância apreendida preponderam sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A jurisprudência desta Corte tem entendido que a natureza, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas podem interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (AgRg na Rcl 21.663/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/11/2014, DJe 05/12/2014).

No caso em apreço, a Corte estadual, sem desconhecer aquela orientação pretoriana, não considerou recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, à vista da qualidade e quantidade da substância encontrada com a paciente (54 porções de cocaína que pesavam 103,2g – fl. 56), bem como do comportamento e personalidade ostentados pela sentenciada (fls. 71/72).

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *writ*. CONCEDO a ordem, de ofício, para determinar que o juízo da execução avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento da reprimenda imposta ao paciente, afastada a obrigatoriedade do fechado, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0199662-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 301.330 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00003031220138260114 102013 20140000398157 3031220138260114

EM MESA

JULGADO: 25/08/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: MARLISE COSTA GIRARDELI - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JONATHA SALES DELA COSTA

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