



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 292.252 - SP (2014/0080305-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : CARLOS ALBERTO TELLES E OUTRO
ADVOGADO : CARLOS ALBERTO TELLES E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : OSMAR GERMANO COSTA (PRESO)

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. 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 ENTORPECENTES. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DA CUSTÓDIA CAUTELAR. QUESTÃO NÃO DISCUTIDA NO ARESTO COMBATIDO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. Não há como conhecer do *mandamus* no ponto em que se discute o direito de recorrer em liberdade, visto que a questão não foi objeto de exame pelo Tribunal apontado como coator, sob pena de indevida supressão de instância.

REGIME PRISIONAL FECHADO DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ELEMENTOS PRÓPRIOS DO TIPO PENAL VIOLADO. IMPOSSIBILIDADE. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/2007. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/1990, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 11.464/2007. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA. NECESSÁRIA ANÁLISE DOS REQUISITOS DO ART. 33, §§ 2º e 3º, C/C ART. 59 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 primário e de bons 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 art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.464/2007, que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 art. 33, §§ 2º e 3º, c/c art. 59 do Código Penal.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de determinar que o Juízo competente analise os requisitos previstos no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c art. 59 do Código Penal para a fixação do regime inicial.

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 Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de outubro de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 292.252 - SP (2014/0080305-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : CARLOS ALBERTO TELLES E OUTRO
ADVOGADO : CARLOS ALBERTO TELLES E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : OSMAR GERMANO COSTA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de OSMAR GERMANO COSTA, contra acórdão proferido pela 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento à Apelação n.º 0051686-30.2012.8.26.0222, interposta pela defesa, a fim de reduzir a pena para 5 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença que o condenou pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

Sustentam os impetrantes a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que a Corte *a quo* não teria apresentado fundamentação idônea para justificar a manutenção da custódia cautelar, reputando ausentes os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, ressaltando que o paciente seria primário, com bons antecedentes e possuiria residência fixa.

Apontam, também, que, dada a favorabilidade das circunstâncias judiciais e a quantidade de pena, seria cabível a mitigação do regime inicial para o semiaberto.

Requerem a concessão da ordem constitucional para que seja permitido ao paciente recorrer em liberdade e alterado o regime inicial.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 292.252 - SP (2014/0080305-4)

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 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, como incurso na sanção do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, o qual lhe deu parcial provimento a fim de reduzir a reprimenda para 5 (cinco) anos de reclusão, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, mantidos os demais termos do édito condenatório.

Primeiramente, quanto ao pleito relativo ao direito de o paciente recorrer



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em liberdade, verifica-se que a matéria não foi analisada pelo Tribunal de origem no julgamento da apelação, o que impede a sua apreciação diretamente por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de incidir em indevida supressão de instância.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VISTA AO MINISTÉRIO PÚBLICO APÓS DEFESA PRELIMINAR. PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA. RECONHECIMENTO PESSOAL. FORMALIDADES. ART. 226 DO CPP. NÃO OBSERVÂNCIA. NULIDADES. NÃO OCORRÊNCIA. ABSOLVIÇÃO OU CONDENÇÃO COMO PARTÍCIPE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ARMA DE FOGO NÃO APREENDIDA. PERÍCIA. POTENCIAL LESIVO. PRESCINDIBILIDADE. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO QUANTITATIVO. REGIME INICIAL. REINCIDÊNCIA. GRAVIDADE CONCRETA. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...].

10. O direito de recorrer em liberdade não foi objeto de discussão pela Corte de origem, motivo pelo qual se evidencia a incompetência deste Superior Tribunal de Justiça para apreciar o aludido tema posto no writ e a consequente supressão de instância.

11. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir ao mínimo legal (1/3) o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria, resultando a pena definitiva em 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão mais 15 dias-multa.

(HC 278.542/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015)

No que se refere ao regime inicial de execução da pena, verifica-se que o Colegiado *a quo* manteve o sistema prisional fechado em aresto proferido nos seguintes termos, *verbis*:

"Por fim, vale destacar que o crime de tráfico ilícito de drogas exige a aplicação de regime prisional mais severo, pois, além de ser equiparado a hediondo pelo art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, é imprescindível uma resposta penal rigorosa do Poder Judiciário em razão da grave lesão que causa à saúde pública, bem como, pela intranquilidade e insegurança que traz para a sociedade atual - daí porque descabida a atenuação pleiteada nesse particular" (e-STJ fl. 26).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Da leitura do excerto supra, constata-se que o fundamento apresentado pelo Tribunal estadual para manter o regime inicial fechado revela-se inidôneo, porquanto se refere à gravidade abstrata do delito e a elementos do próprio tipo penal e, nos termos do reiterado entendimento adotado por este Sodalício, é insuficiente à determinação de sistema prisional mais gravoso, sobretudo quando o paciente é primário, 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 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, c/c art. 59 do Código Penal.

Portanto, afastando-se o fundamento em que o Tribunal de origem se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

embasou para manter o regime inicial fechado, mostra-se necessária a análise dos termos insculpidos no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c art. 59 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.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. ACUSADO QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. DESCONSTITUIÇÃO. INVIABILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE APENAS NA HEDIONDEZ DO DELITO. FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

- A Corte Estadual, com base nas provas produzidas nos autos, entendeu que o paciente se dedicava à atividade criminosa, circunstância que impedia a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Para se afastar a conclusão a que chegou o Tribunal a quo, mostra-se necessário o reexame aprofundado de todo conjunto fático-probatório, providência incompatível com os estreitos limites do habeas corpus.

- A fixação do regime inicial fechado está fundamentado apenas na hediondez do delito. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, seja na sua redação original (HC n. 82.959/SP), seja na redação da Lei n. 11.464/2007 (HC n. 111.840/ES), no qual se determinava a obrigatoriedade do regime fechado para os condenados por crimes hediondos e os a eles equiparados.

- Tendo em vista o trânsito em julgado da condenação, cabe ao juízo da execução reavaliar com base nos elementos dos autos, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, c.c. o art. 42 da Lei n. 11.343/06, qual o regime adequado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta ao paciente.

- Mantidas as penas em patamar superior a quatro anos de reclusão, inaplicável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juízo das Execuções, com base em elementos concretos dos autos, analise a possibilidade de eventual modificação do regime inicial de cumprimento de pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 293.458/RJ, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA,
julgado em 08/09/2015, DJe 28/09/2015)

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 no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c art. 59 do Código Penal para a fixação do regime inicial ao paciente, mantidos os demais termos do acórdão objurgado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0080305-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 292.252 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00516863020128260222 20140000201593 516863020128260222

EM MESA

JULGADO: 27/10/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO JOSÉ GISI**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CARLOS ALBERTO TELLES E OUTRO
ADVOGADO : CARLOS ALBERTO TELLES E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : OSMAR GERMANO COSTA (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 Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.