



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.630 - RS (2014/0304424-7)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : MIRAMAR EUCLIDES GOMES GARCIA

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 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.

III - O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§2º, e 3º do Código Penal.

IV - **In casu**, o paciente teve valoradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais - tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal -, e foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenado pela prática de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa (tráfico) à pena de **4 anos e 2 meses**, de reclusão, com a redução na fração de 1/6 em razão da incidência do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, fazendo jus, portanto, ao regime semiaberto de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, §2º, alínea "b" e §3º, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para confirmar a liminar e fixar o regime semiaberto de cumprimento da pena.

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 Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC) e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de abril de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.630 - RS (2014/0304424-7)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em benefício de MIRAMAR EUCLIDES GOMES GARCIA, apontando como autoridade coatora a col. Primeira Câmara Criminal do eg. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 33, **caput**, da Lei 11.343/2006, às penas de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime fechado, e 416 dias-multa, por vender e expor à venda a quantidade aproximada de 1,37 gramas de crack, disposta em 7 (sete) porções.

Irresignada, a defesa **interpôs apelação** perante o eg. Tribunal **a quo**, por meio do qual buscava a redução máxima da minorante prevista no artigo 33, **caput**, §4º, da Lei nº 11.343/2006 e a fixação do regime semiaberto. O apelo foi desprovido, por unanimidade, em ementa cujo teor transcrevo a seguir :

"TRÁFICO DE DROGAS. PROVA. DECLARAÇÕES POLICIAIS. PROPÓSITO DE COMÉRCIO CONFIGURADO. APENAMENTO. REINCIDÊNCIA. MINORANTE. REGIME. MULTA.

Observado o sistema do livre convencimento, o testemunho de agente policial constitui elemento apto à valoração pelo juiz, afigurando-se inaceitável que, valendo-se o Estado de servidores públicos para prevenção, repressão e investigação das atividades delituosas, seja negada credibilidade a tais agentes, na oportunidade em que vêm a juízo informar o que ocorreu por ocasião do desempenho de suas atividades.

A infração de que trata a regra contida no art. 33, caput, da Lei nº 11343/2006, não é caracterizada pela venda, tão-somente, resultando incriminadas diversas outras condutas, como a de simplesmente levar consigo a substância entorpecente, desde que com o propósito de mercancia, desimportando tenha o agente efetivado - ou não - o comércio.

E, no caso vertente, além de disporem de expressiva quantidade de droga (sete porções de crack embaladas, pesando aproximadamente 82,1 gramas), vultoso numerário e petrechos para a individualização da substância, foi um dos denunciados surpreendido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

realizando o comércio, em diligência precedida de investigação e determinada por denúncia que dava conta de mercancia no local, oportunidade em que o outro vigiava o local.

O agravamento da pena pela reincidência não fere o ordenamento constitucional, como já declarou o Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 453.000/RS, em que reconhecida a repercussão geral da questão.

Ausência de amparo legal ao pretendido afastamento da pena de multa.

Condenação mantida. Apenamento adequado.

APELO DESPROVIDO" (fl. 445).

Daí o presente **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, no qual postula o impetrante a fixação do regime inicial semiaberto.

A liminar foi deferida às fls. 466-467.

As informações foram prestadas às fls. 482-496.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 502-505, opinou pelo não conhecimento do **writ** e pela concessão da ordem de ofício para fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.630 - RS (2014/0304424-7)

EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO
CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO
JURISPRUDENCIAL. TRÁFICO DE
ENTORPECENTES. CIRCUNSTÂNCIAS
JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE.
MÍNIMO LEGAL. INCIDÊNCIA DA
MINORANTE DO ART. 33, §4º, DA LEI
11.343/06. REGIME SEMIABERTO.
POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. HABEAS
CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM
CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 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.

III - O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07. Por conseguinte,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§2º, e 3º do Código Penal.

IV - **In casu**, o paciente teve valoradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais - tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal -, e foi condenado pela prática de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa (tráfico) à pena de **4 anos e 2 meses**, de reclusão, com a redução na fração de 1/6 em razão da incidência do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, fazendo jus, portanto, ao regime semiaberto de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, §2º, alínea "b" e §3º, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para confirmar a liminar e fixar o regime semiaberto de cumprimento da pena.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: 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).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso 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.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Nas razões do presente **writ**, busca o impetrante a fixação do regime inicial semiaberto de cumprimento de pena.

Para delimitar a **questão**, transcrevo excerto da r. sentença condenatória:

"As penas restritivas da liberdade serão cumpridas no Presídio Regional de Santa Cruz do Sul (RS), ou em qualquer outro estabelecimento prisional a ser definido pela VEC, em regime inicial fechado, já que se trata o tráfico de crime equiparado a hediondo, na forma prevista na Lei nº 11.464/07, de 28/03/2007, que deu nova redação ao artigo 2º da Lei nº 8.072/90, na fração mínima de 2/5 no regime fechado para o réu Miramar - por ser primário - e de 3/5 para o réu Marco Antônio - por ser reincidente - consoante certidão de antecedentes criminais acostadas às fls. 75/82 e 83/84, forte no artigo 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos)" (fl. 339).

O v. acórdão objurgado, assim consignou ao desprover o apelo:

"Por outro turno, fixada a pena em tal patamar, inviável substituição por restritivas de direitos. E, não obstante a possibilidade de determinação de regime prisional diverso do fechado, as condições pessoais do acusado e as circunstâncias em que ocorreu o evento criminoso, em especial considerando-se o efeito danoso do crack e a expressiva quantidade de drogas, não recomendam a adoção de regime menos severo" (fl. 454).

Observa-se das rr. decisões acima colacionadas que não houve fundamentação concreta apta a ensejar a aplicação do regime fechado, uma vez que este foi imposto com base apenas na gravidade abstrata do delito e na vedação dada pelo artigo 2º, da Lei 8.072/90.

O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33 e do art. 59, ambos do Código Penal, bem como os verbetes 440 da súmula do Superior Tribunal de Justiça e 718 e 719 do Supremo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal Federal (HC n. 277.310/SP, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, **Quinta Turma**, DJe de 2/9/2014).

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06, EM SEU PATAMAR MÍNIMO. QUANTUM DESPROPORCIONAL. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGAS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. INCIDÊNCIA DO ART. 46 DA LEI DE DROGAS. SEMI-IMPUTABILIDADE RECONHECIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. GRADAÇÃO DO REDUTOR CONFORME O GRAU DE INCAPACIDADE DO RÉU. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. ART. 2º, § 1º, DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

[...]

7. No concernente ao regime prisional para o cumprimento da pena privativa de liberdade, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 10.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 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.

[...]

*10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 10 (dez) meses de reclusão e 170 (cento e setenta) dias-multa, no regime aberto, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos" (HC 167376/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Gurgel de Faria**, DJe de 1º/10/2014).*

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO NO PATAMAR DE 1/2 (METADE). AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90. ADEQUAÇÃO AO PRECEITO CONTIDO NO ART. 33 C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS NS. 440 DESTA CORTE E 719



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REGIME INICIAL ABERTO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

5. O Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI declarou, incidenter tantum inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07. Tal dispositivo impunha o regime inicial fechado para as condenações por crimes hediondos e equiparados. A partir de então, as regras do art. 33 do Código Penal passaram a ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dessas espécies delitivas.

6. O regime inicial fechado foi estabelecido com base na Lei dos Crimes Hediondos e em considerações genéricas acerca do crime de tráfico de drogas, o que se afigura ilegal. In casu, cabível a fixação do regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2.º, alínea c, § 3.º, do Código Penal, considerando-se a aplicação da pena-base no patamar mínimo, pela ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, e a quantidade de sanção definitiva.

7. Ordem de habeas corpus não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado, fixar o regime aberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada ao Paciente, mediante as condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais, confirmando a liminar anteriormente deferida" (HC 290539/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 24/6/2014).

No caso dos autos, o paciente teve valoradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais, - tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal -, e foi condenado pela prática de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa (tráfico) à pena de **4 anos e 2 meses de reclusão** - com a redução na fração de 1/6 em razão da incidência do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06. Faz jus, portanto, ao regime semiaberto de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, §2º, alínea "b", e §3º, do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**. **Concedo**, entretanto, a **ordem de ofício** para confirmar a liminar e fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0304424-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 309.630 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 02621300039605 2621300039605 70053731295 70060633302

EM MESA

JULGADO: 16/04/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	: MIRAMAR EUCLIDES GOMES GARCIA
CORRÉU	: MARCO AURELIO DOS SANTOS

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 Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC) e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.