



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 267.412 - SP (2013/0090162-0)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JACKSON ASSIS DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. **1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME MAIS RIGOROSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENTE. 3. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INDEFERIMENTO COM BASE NA VEDAÇÃO DO ART. 44 DA LEI N. 11.343/2006. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA. 4. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.**

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os crimes hediondos e equiparados. Logo, independente de ser o crime hediondo ou a ele equiparado, quando da fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, o que não ocorreu no caso em apreço – em que o regime fechado foi estabelecido apenas em razão de o delito de tráfico ser equiparado a crime hediondo, ocasionando ilegalidade manifesta.

3. Considerando que as instâncias ordinárias entenderam não ser a quantidade e a qualidade da droga apreendida aptas a agravarem a situação do paciente – 2 (dois) papalotes de maconha, 2 (dois) pinos de cocaína pesando 7,5g e 2 (dois) dois frascos de lança-perfume –, tanto que as circunstâncias judiciais foram tidas por favoráveis, ocasionando a fixação da pena-base no mínimo legal, bem como em razão da aplicação da causa especial de diminuição – prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 – em seu patamar máximo de 2/3 (dois terços), deve ser estabelecido o regime aberto para desconto da sanção reclusiva.

4. Reconhecida a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos no crime de tráfico de entorpecentes, quando a pena aplicada for inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, fica manifesto o constrangimento ilegal a que se encontra submetido o paciente, uma vez que o aludido benefício foi negado com base unicamente na gravidade em abstrato do delito.

5. Ordem não conhecida. **Habeas corpus** concedido de ofício para, reformando o acórdão impugnado, estabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena e, afastando o óbice legal previsto no art. 44 da Lei de Drogas, possibilitar a substituição da pena privativa de liberdade por duas medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Execuções Penais.

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 Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.
Brasília (DF), 06 de junho de 2013 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 267.412 - SP (2013/0090162-0)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Jackson Assis dos Santos, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática da conduta descrita no art. 33, § 4º, c/c o art. 40, III, ambos da Lei n.º 11.343/2006, à pena de 1 (um) ano e 11 (onze) meses de reclusão, no regime inicial fechado, porque

[...], no dia 22 de outubro de 2010, por volta das 23h55min, dentro do autorama, no Parque do Ibirapuera, nesta cidade e comarca, trazia consigo, para fins de tráfico, dois papелotes de 'Cannaabis sativa L', vulgarmente conhecida como 'maconha'; dois pinos de cocaína e dois frascos de lança-perfume, sendo as duas primeiras substâncias entorpecentes que causam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A defesa recorreu da sentença, pleiteando a absolvição, por insuficiência de provas para a condenação do réu, ou a desclassificação do delito para o tipo penal previsto no art. 28 da Lei n.º 11.343/2006, porquanto trazia consigo apenas dois papелotes de maconha, dois pinos de cocaína e dois frascos de lança-perfume. Contudo, o Tribunal **a quo** negou provimento ao recurso.

A impetrante alega, no presente **writ**, que o regime inicial fechado foi fixado com base apenas no caráter hediondo do delito, fundamentação que contraria o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema. Argumenta que a quantidade de pena imposta e a primariedade do paciente permitem a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Diante disso, pede, liminarmente, a concessão do regime inicial aberto e, no mérito, a confirmação da liminar e a substituição da pena imposta por restritivas de direitos.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 39/40.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dispensadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem para alterar o regime inicial para o aberto e devolver ao Juízo das Execuções a análise dos requisitos da substituição da pena (fls. 48/52).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 267.412 - SP (2013/0090162-0)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do **mandamus**, destacando-se que o **habeas corpus** é remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Assim, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário. A mudança jurisprudencial consolidou-se a partir dos seguintes julgamentos: **Habeas Corpus** nº 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio; **Habeas Corpus** nº 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber; **Habeas Corpus** nº 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux e **Habeas Corpus** nº 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli.

Entendo que boa razão têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do **writ**, cujas origens me parece terem sido esquecidas, sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

No entanto, apesar de não se ter utilizado, na espécie, do recurso previsto na legislação ordinária para a impugnação da decisão, em homenagem à garantia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, passo à análise das questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se, desse modo, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

Inicialmente, cumpre asseverar que, nada obstante fosse previsto regime inicial fechado para os condenados pelo crime de tráfico de drogas, cometido após a publicação da Lei nº 11.464/2007 – que deu nova redação ao § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990 –, o certo é que, a partir do julgamento do HC nº 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal admitiu a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Assim, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos no crime de tráfico de entorpecentes, nas penas inferiores a 4 (quatro) anos de reclusão, o Superior Tribunal de Justiça passou a adequar o regime prisional de acordo com os parâmetros estabelecidos no Código Penal, a fim de que fossem observados os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da pena.

Mais recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, aos 27 de junho de 2012, ao julgar o **Habeas Corpus** n. 111.840/ES, por maioria de votos, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os crimes hediondos e equiparados.

Confira-se, a propósito, a ementa do julgado:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n.º 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei n.º 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que 'a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado'. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado.

Nesse julgamento, lembrou o Relator, Ministro Dias Toffoli, que, "se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado". Destacou, outrossim, "que tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo".

Logo, independente de ser o crime hediondo ou a ele equiparado, quando da fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, o que não ocorreu no caso em apreço.

Segundo consta da sentença, o Magistrado de primeiro grau estabeleceu "o regime inicial fechado para o cumprimento da pena imposta, tendo em vista a gravidade do crime cometido pelo acusado e a necessidade de atendimento às finalidades repressiva e punitiva da pena, considerando-se ainda tratar-se de crime assemelhado a delito hediondo" (fl. 27). O Tribunal impetrado, por sua vez, manteve o regime mais severo tão somente em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

razão da hediondez (fl. 32).

Diante disso, considerando que as instâncias ordinárias entenderam não ser a quantidade e a qualidade da droga apreendida aptas a agravarem a situação do paciente – dois papérols de maconha e dois pinos de cocaína, pesando 7,5g e dois frascos de lança-perfume – tanto que as circunstâncias judiciais foram tidas por favoráveis, ocasionando a fixação da pena-base no mínimo legal, bem como em razão da aplicação da causa especial de diminuição – prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 – em seu patamar máximo de 2/3 (dois terços), entendo que deve ser estabelecido o regime aberto para desconto da sanção reclusiva.

Quanto à negativa da substituição da pena, também entendo que assiste razão à defesa do paciente.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do **Habeas Corpus** nº 97.256/RS, reconheceu a inconstitucionalidade da vedação de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, trazida pela Lei nº 11.343/2006, entendendo, assim, ser possível a conversão da pena reclusiva pela restritiva de direitos, sempre que presentes os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

Nesse sentido, consolidou-se o entendimento desta Corte Superior, conforme se depreende dos seguintes precedentes:

A - [...]

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NEGATIVA FUNDADA NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. CONSTRANGIMENTO SOMENTE EM PARTE EVIDENCIADO.

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma legal, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, 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. **Habeas corpus** parcialmente concedido para afastar a vedação legal à substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

determinando-se que o Juízo das Execuções analise o eventual preenchimento, pelo sentenciado, dos requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para a concessão da pretendida permuta.

(HC nº 203.622/SP, Relator o Ministro **Jorge Mussi**, DJe de 29/2/2012)

B - PENAL. TRÁFICO. REGIME MENOS GRAVOSO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. HABEAS CORPUS CONCEDIDO PARA FIXAR O REGIME ABERTO, SUBSTITUÍDA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.

1. Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entende possível, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

2. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, no sentido de que o juiz "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

3. A condenação por tráfico de 2,1 g (dois gramas e um decigrama) de cocaína, fixada a pena-base no mínimo legal, diante da reprimenda final de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, enseja o regime inicial seja o aberto, substituindo-se a privativa de liberdade por restritivas de direitos.

4. Ordem concedida para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva (artigo 33, § 2º, alínea "c" e § 3º do Código Penal) e determinar a substituição da privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a saber, prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, já que presentes os requisitos para tanto (artigo 44 e incisos do Código Penal), devendo o Juízo das Execuções criminais, nos termos do artigo 147 e seguintes da Lei n.º 7.210/84, promover-lhes a aplicação. (HC nº 203.989/SP, Relatora a Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 15/2/2012)

No caso em apreço, o Juízo de primeiro grau deixou de substituir a pena pelos seguintes motivos (fl. 27):

Deixo de aplicar o disposto no art. 44, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 9.174/98, tendo em vista a gravidade do delito cometido pelos réus, que fomenta a criminalidade já existente, incentivando a adoção de condutas delituosas, em especial a prática de crimes patrimoniais e de porte de arma como forma de implemento do tráfico, o que indica a insuficiência da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, devendo ser observadas as finalidades repressiva e preventiva da pena a ser imposta, sob pena de banalização das práticas infracionais e da idéia crescente de impunidade.

Como visto, o benefício não foi aplicado em razão da gravidade abstrata do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delito e em decorrência de avaliações subjetivas que não tiveram qualquer repercussão na aplicação da pena, mostrando-se, assim, manifesto o constrangimento ilegal ao qual se encontra submetido o paciente.

Portanto, tratando-se de réu primário, com circunstâncias judiciais favoráveis, condenado a pena inferior a 4 (quatro) de reclusão por crime cometido sem violência ou grave ameaça, é cabível a substituição da pena reclusiva por medidas restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 44 do Código Penal.

Diante do exposto, não conheço da presente impetração. Contudo, concedo, a ordem do **habeas corpus** de ofício, para, reformando o acórdão impugnado, estabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena e, afastando o óbice legal previsto no art. 44 da Lei de Drogas, possibilitar a substituição da pena privativa de liberdade por duas medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0090162-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 267.412 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00850491020108260050 050100850499 18212010 20120000600517 50100850499
850491020108260050

EM MESA

JULGADO: 06/06/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JACKSON ASSIS DOS SANTOS
CORRÉU	: MARCOS PAULO DE SOUSA
CORRÉU	: SAULO DE ALMEIDA 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 Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.