



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.605 - SP (2015/0154814-3)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO SHIMIZU
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DEIVID WESLEY GONÇALVES DO NASCIMENTO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CABIMENTO. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA. LIMINAR CONFIRMADA.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm mais admitido a utilização do *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso, seja a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

2. No caso concreto, o fundamento para a fixação do regime mais gravoso e para a não substituição da pena corporal por restritiva de direitos foi, além do impedimento legal, abstrato e genérico, o que não constitui motivação suficiente.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para o paciente, confirmando-se a liminar e, ainda, para determinar ao Juízo de primeiro grau que, preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos, analise a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 1º de dezembro de 2015 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.605 - SP (2015/0154814-3)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de **Deivid Wesley Gonçalves do Nascimento**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo (*Habeas Corpus* n. 2117597-34.2015.8.26.0000 - fl. 34).

O Juízo da 1ª Vara da Comarca de Mairinque/SP, na Ação Penal n. 0008582-60.2014.8.26.0337, condenou o ora paciente a 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 205 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Insurgindo-se contra a aplicação do regime mais gravoso, a defesa impetrou *writ* na origem, o qual teve a liminar indeferida pelo Desembargador Ruy Alberto Leme Cavaleiro.

Daí a presente impetração, em que o defensor público sustenta, de início, a superação da Súmula 611/STF.

Alega que a *única razão ventilada para a negativa na fixação de regime menos severo que o fechado foi a suposta proibição legal do artigo 2º, parágrafo 1º, da lei dos crimes hediondos* (fl. 8).

Aduz que a pena-base foi fixada no mínimo legal.

Menciona, ainda, que é perfeitamente possível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Requer, em liminar, a fixação do regime inicial menos gravoso. No mérito, pugna pela confirmação da liminar e pela substituição da pena corporal pela pena restritiva de direitos.

Deferida a liminar, prestadas as informações, o Ministério Público



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Federal opinou, pelas palavras da Subprocuradora-Geral da República Célia Regina Souza Delgado, pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.605 - SP (2015/0154814-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR): O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm mais admitido a utilização do *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso, seja a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

Na espécie, contudo, entendo haver ilegalidade manifesta a ser reparada de ofício.

Busca a Defensoria Pública a aplicação de regime inicial menos gravoso e a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Na hipótese dos autos, conquanto o Juiz de piso tenha fixado a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, e aplicado pena definitiva de 2 anos e 6 meses de reclusão, ao estabelecer o regime inicial fechado pela prática do crime de tráfico de drogas, o sentenciante o fez tão somente com base no caráter hediondo do delito (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990) – fl. 29.

Ora, é consabido que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal consideram ser possível, em tese, a fixação de regime inicial diverso do fechado aos condenados pelo delito de tráfico de drogas – a despeito da hediondez da conduta típica –, sem perder de vista as particularidades do caso concreto.

Mesmo para os crimes hediondos ou a eles equiparados cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, então, seja escolhido o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

repressão do delito perpetrado (HC n. 273.348/SP, Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 27/2/2014 – grifo nosso).

No tocante à substituição da pena corporal, consta da sentença que é *inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos por força do art. 44, caput, da Lei nº 11.343/06. Além disso, a substituição mostra-se totalmente incompatível com a conduta de quem trafica. Com efeito, trata-se de crime de particular gravidade, tanto que a lei estabelece o regime inicial fechado como reprimenda adequada. Não me parece coerente que se conceda tal benesse em caso de prática de um delito considerado hediondo pelo legislador* (fl. 29).

Ocorre que a Suprema Corte firmou entendimento quanto à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos se preenchidos os requisitos legais (HC n. 105.779, Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 22/2/2011; HC n. 97.500, Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJe 25/6/2010 e RHC n. 109.374, Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 6/12/2011). O Supremo Tribunal Federal, também, já declarou a inconstitucionalidade da proibição à substituição da reprimenda privativa de liberdade:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO **HABEAS CORPUS 97.256**. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO. CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL COM REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

(ARE n. 663.261, Ministro Luiz Fux, DJe 6/2/2013 – grifo nosso)

Assim, observa-se que o Juízo originário fundamentou a não substituição da pena corporal pela restritiva de direitos tão somente na vedação legal e na gravidade abstrata e genérica do delito de tráfico de drogas.

Não há, portanto, como concordar com o parecer da nobre



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Subprocuradora-Geral da República.

Em face do exposto, **não conheço** do *writ*, mas, confirmando a liminar, **concedo** ordem de *habeas corpus* **de ofício**, para fixar ao paciente o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena e, ainda, para determinar ao Juízo de primeiro grau que, preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos, analise a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0154814-3

HC 328.605 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0008582602014826337 21175973420158260000 247114 24712014 8582602014826337

EM MESA

JULGADO: 01/12/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUMBERTO DE PAIVA ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: BRUNO SHIMIZU
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: DEIVID WESLEY GONCALVES DO NASCIMENTO
CORRÉU	: BRUNO SANTOS FERREIRA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.