



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 253.831 - SP (2012/0191121-4)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA - DEFENSORA
PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : OSMAR APARECIDO FERREIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. *QUANTUM* DE REDUÇÃO DA PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006) E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. TEMAS NÃO APRECIADOS PELO TRIBUNAL A *QUO*. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC 111.840). *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da 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 alteração da fração de redução da pena (§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006) e a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos não foram questões alegadas na apelação da defesa e nem apreciadas pelo Tribunal *a quo*. Portanto, a sua análise, diretamente por esta Corte, acarreta indevida supressão de instância.

– Fixado o regime inicial fechado com base no § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, posteriormente declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (HC 111.840/ES, julgado em 27/6/2012), cabe ao Juízo da Execução, tendo em vista o trânsito em julgado da condenação, reavaliar os elementos concretos dos autos, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, para verificar qual o regime inicial adequado para o paciente. Precedentes: AgRg no HC 257.178/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, 6ª Turma, DJe 23.9.2013; HC 226.064/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJe 24.4.2013.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para que o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de eventual modificação do regime inicial de cumprimento da pena.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.
Brasília, 03 de junho de 2014(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 253.831 - SP (2012/0191121-4)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : OSMAR APARECIDO FERREIRA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, impetrado em benefício de OSMAR APARECIDO FERREIRA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado:

APELAÇÃO - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS PROVA SUFICIENTE INCONTROVERSA APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 EM RELAÇÃO A UM DOS REÚS - RECURSOS IMPROVIDOS (fl. 32).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

O impetrante requer a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 no patamar máximo (2/3), a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Indeferida da liminar e dispensadas as informações (fl. 43), o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem (fls. 53/57).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 253.831 - SP (2012/0191121-4)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

O Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso no processo penal. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. A propósito, confira-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; HC 108181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, 'no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.'

3. Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque, 'usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida'.

4. *Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.*

5. *Habeas corpus não conhecido* (HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 19.9.2012).

Dessa forma, não se conhece do presente *habeas corpus* porque substitutivo de recurso especial e passa-se à análise de eventual constrangimento ilegal capaz de justificar a concessão da ordem de ofício.

Quanto ao § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 e à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, verifica-se que não foram temas sustentados na apelação da defesa e nem apreciados pelo Tribunal a *quo*. Dessa forma, a sua análise, diretamente por esta Corte, acarreta indevida supressão de instância.

No que diz respeito ao regime de cumprimento da pena, as decisões de primeiro (fl. 28) e segundo graus (fl. 36) fixaram o regime inicial fechado com base no § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei 11.464/2007.

Acontece que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/6/2012, no julgamento do HC 111.840/ES, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990, que determinava a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crime hediondos e os a ele equiparados.

Nessas hipóteses, esta eg. Corte possui o entendimento de que cabe ao Juízo da Execução, tendo em vista o trânsito em julgado da condenação, reavaliar os elementos concretos dos autos, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, para verificar qual o regime inicial adequado. Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. FIXAÇÃO TÃO SOMENTE COM FUNDAMENTO NO § 1º DO ART. 2º DA LEI 8.072/90, NA REDAÇÃO DA LEI 11.464/2007, DECLARADO INCONSTITUCIONAL, PELO STF. DECISÃO QUE CONCEDEU A ORDEM, DE OFÍCIO, PARA FIXAR O REGIME SEMIABERTO, PARA O CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. NÃO ANÁLISE, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, DOS ELEMENTOS CONCRETOS DOS AUTOS, À LUZ DO ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CÓDIGO PENAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAS. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E PROVIDO.

I. Na espécie, a decisão agravada concedeu a ordem, de ofício,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para fixar, desde logo, o regime inicial semiaberto, inobstante a não valoração, pelas instâncias ordinárias, acerca dos elementos concretos dos autos, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, para verificar qual seria o regime inicial adequado para o paciente.

II. De acordo com a jurisprudência da 6ª Turma do STJ, "com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que o Tribunal a quo não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal". (STJ, HC 237.261/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 23/11/2012).

III. Agravo Regimental conhecido e provido, para reformar a decisão agravada e, em decorrência do trânsito em julgado da condenação, determinar que o Juízo das Execuções Penais reavalie, em face dos elementos concretos dos autos, a aplicação do regime prisional inicial do paciente, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, afastada a disposição do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007, declarada inconstitucional pelo STF (AgRg no HC 257.178/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, DJe 23.9.2013).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. AGUARDAR EM LIBERDADE O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. PLEITO PREJUDICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. NATUREZA E QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. PRETENSÃO DE REDUÇÃO MÁXIMA. INVIABILIDADE. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO OCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO FIXADO EM RAZÃO DA HEDIONDEZ DO DELITO. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. REGIME MENOS GRAVOSO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Com da ocorrência do trânsito em julgado da condenação, o pleito referente à possibilidade de aguardá-lo em liberdade restou superado, de modo que o writ encontra-se prejudicado, neste particular.

3. Na espécie, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida, porquanto as instâncias ordinárias adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não parecendo arbitrário o quantum imposto, tendo em vista a natureza e a expressiva quantidade de substância entorpecente apreendida - 1.017 g de cocaína - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

4. Devidamente fundamentada a dosimetria, no tocante, especificamente, à causa especial de diminuição, notadamente pela natureza e quantidade da droga - 1.017 g de cocaína -, o quantum de redução aplicado fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

5. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

6. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. In casu, tendo as reprimendas finais alcançado 4 anos e 9 meses e 15 dias de reclusão e 5 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

7. Na espécie, a negativa de abrandamento do regime inicial baseou-se, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

8. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que o Tribunal a quo não analisou os elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, negando a modificação de regime, apenas em atenção ao disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90 (com a nova redação dada pela Lei n.º 11.464/07).

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de eventual modificação do regime inicial de cumprimento da pena (HC 226.064/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 24.4.2013).

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem de ofício para que o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de eventual modificação do regime inicial de cumprimento da pena.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0191121-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 253.831 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2192010 50100066496 66497920108260050

EM MESA

JULGADO: 03/06/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : OSMAR APARECIDO FERREIRA
CORRÉU : JOEL FERREIRA CARVALHO

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, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.