



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.187 - SP (2014/0236169-3)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : **FERNANDO MARTINEZ MEN E OUTRO**
ADVOGADO : **FERNANDO MARTINEZ MEN E OUTRO(S)**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **SIDNEY DE JESUS (PRESO)**

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. DESPROPORCIONALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. NATUREZA DA DROGA.

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, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade de fixação do regime inicial fechado com base neste dispositivo. Assim, devem ser observadas as regras contidas nos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal, bem como as Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

3. No caso dos autos, a despeito de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis e de a pena reclusiva ser inferior a 4 (quatro) anos, a natureza da droga apreendida em poder do paciente – 38,44g de *crack*, levada em consideração na terceira etapa da dosimetria da pena – deve também ser utilizada para o fim de fixar o regime prisional semiaberto, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, por reclamar maior intensidade na retribuição penal ao delito cometido.

4. Pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos inviabilizado, diante da natureza da droga apreendida, que indica não ser a medida suficiente à prevenção e repressão do delito.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 09 de junho de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.187 - SP (2014/0236169-3)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substituto de recurso especial com pedido liminar impetrado em favor de SIDNEY DE JESUS, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi absolvido em primeira instância, porém condenado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 250 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

No presente *writ*, o impetrante sustenta, em síntese, a existência de constrangimento ilegal, tendo em vista a ausência de fundamentação e de requisitos para a manutenção do regime inicial fechado.

Requer, inclusive liminarmente, a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Liminar indeferida às fls. 87/88.

Informações prestadas às fls. 98/118.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem, apenas para fixar o regime aberto (fls. 122/134).

Pedido de reconsideração às fls. 138/140.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.187 - SP (2014/0236169-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

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, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

De início, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade de fixação do regime inicial fechado com base neste dispositivo. Assim, devem ser observadas as regras contidas nos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal, bem como as Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF. Nesse sentido: HC 309.630/RS, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 13/05/2015.

O Tribunal de origem, reformando a sentença absolutória, condenou o paciente e fixou o regime adotando a seguinte fundamentação (fl. 78):

No tocante ao regime prisional impositivo à espécie, mister adotar-se a modalidade fechada, para início de cumprimento da reprimenda corporal, *ex vi* do disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal.

O art. 33, § 3º, do Código Penal dispõe que a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste mesmo diploma. Assim, importante destacar a análise das circunstâncias judiciais feita pelo Tribunal. Confira-se (fls. 77):

Inicialmente, sopesadas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, tem-se que a pena base deve ser fixada no mínimo legal, ou seja, cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa.

Com efeito, a despeito de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis e de a pena reclusiva ser inferior a 4 (quatro) anos, entendo que a natureza da droga apreendida em poder do paciente – 38,44g de *crack*, levada em consideração na terceira etapa da dosimetria da pena – deve também ser utilizada para o fim de fixar o regime prisional, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, por reclamar maior intensidade na retribuição penal ao delito cometido.

Nesse sentido, por oportuno, cito o precedente a seguir:

CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE 22 PAPELOTES DE CRACK. PENA FIXADA EM 2 (DOIS) ANOS DE RECLUSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DE IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC N. 111.840). *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

03. No crime de tráfico de drogas, o fato de as circunstâncias judiciais serem favoráveis e de a pena privativa de liberdade aplicada ser inferior a 4 (quatro) anos não asseguram ao réu, por si sós, o direito de cumpri-la em regime aberto. Dependendo da natureza e/ou da quantidade da droga com ele apreendida, poderá ser imposto regime mais gravoso (Lei n. 11.343/2006, art. 42; STJ, AgRg no AREsp 202.564/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/02/2015; AgRg no REsp 1.462.967/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/02/2015).

04. *Habeas corpus* não conhecido. Cassada a liminar anteriormente deferida. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade. (HC n. 315.526/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO (Desembargador convocado do TJ/SC), Quinta Turma, DJe 12/5/2015)

Destarte, considerando a natureza da droga, bem como o *quantum* da pena aplicada, deve ser fixado o regime semiaberto para o início da expiação da reprimenda, nos termos do contido no art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal.

Por outro lado, o paciente não faz jus ao benefício de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porquanto não preenchidos os requisitos subjetivos exigidos à implementação da referida benesse.

Não se olvida que a Suprema Corte, no HC 97.256/RS, também passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Contudo, no caso em exame, a possibilidade de substituição da reprimenda por medidas restritivas de direitos deve ser afastada, diante da natureza da droga apreendida, que indica não ser a medida suficiente à prevenção e repressão do delito.

A propósito:

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 DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA EM SEU GRAU MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. DIVERSIDADE E RAZOÁVEL QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 3. REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. 4. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 5. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

3. No caso, de acordo com o que preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo sendo a pena aplicada inferior a 4 (quatro) anos, diga-se, 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, considerando a quantidade e variedade de substâncias entorpecentes apreendidas - 20 invólucros de maconha, pesando 44,60g e 10 pinos de cocaína totalizando 9,0g -, o regime mais adequado à espécie é o fechado.

4. Pelos mesmos fundamentos, não se considera socialmente recomendável a substituição da reprimenda privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

5. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 275.298/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, DJe 07/03/2014)

Desse modo, não deve subsistir o regime prisional fixado, devendo a reprimenda ser cumprida inicialmente no regime semiaberto.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*. CONCEDO, de ofício, a ordem para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta. Por consequência, JULGO PREJUDICADO o pedido de reconsideração do indeferimento da liminar.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0236169-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 304.187 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00755659720128260050 13592012 20140000230952 39562012 75565972012
755659720128260050

EM MESA

JULGADO: 09/06/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: FERNANDO MARTINEZ MEN E OUTRO
ADVOGADO	: FERNANDO MARTINEZ MEN E OUTRO(S)
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: SIDNEY DE JESUS (PRESO)
CORRÉU	: ROGGER OLIVEIRA DA SILVA

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.