



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 327.985 - SP (2015/0148763-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : LUANA TRINO DE MEDEIROS  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : FATIMA MARINA MONARIN (PRESO)

### EMENTA

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/2006. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA FIXAR O REGIME ABERTO E PERMITIR A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, 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, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

3. No que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir tal possibilidade, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012.

4. Hipótese em que a sentença referiu-se à natureza hedionda do tráfico de drogas e à sua gravidade abstrata para fixar o regime inicial fechado e negar a substituição da pena privativa de liberdade por



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

medidas restritivas de direitos.

5. No caso, considerando a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão e a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, deve ser fixado, nos termos do art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal, o regime inicial aberto para cumprimento da pena.

6. Do mesmo modo, havendo a paciente preenchido os requisitos do art. 44 do Código Penal, deve a pena corporal ser substituída por penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais, ainda mais porque o Tribunal de origem, no julgamento do apelo defensivo, não trouxe fundamentação idônea para a negativa do benefício.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais.

### 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 Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de outubro de 2015 (Data do Julgamento).

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 327.985 - SP (2015/0148763-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : LUANA TRINO DE MEDEIROS  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : FATIMA MARINA MONARIN (PRESO)

### RELATÓRIO

**O EXMO. SENHOR MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):**

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de FATIMA MARINA MONARIN contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do HC n. 2041221-07.2015.8.26.0000.

Segundo consta dos autos, a paciente foi condenada, em primeira instância, pela prática da conduta descrita no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, à pena de 1 (um) anos e 8 (oito) meses de reclusão, no regime inicial fechado, vedada a substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos.

A defesa impetrou *habeas corpus* perante a Corte estadual, postulando o abrandamento do regime prisional e a concessão do benefício de substituição da pena. O Tribunal de origem, contudo, não conheceu da impetração (e-STJ fls. 54/57).

Na presente oportunidade, a Defensoria Pública argumenta que o regime fechado foi estabelecido com base apenas na vedação legal declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Assevera não haver fundamentação concreta para a imposição do regime mais rigoroso, violando o disposto nas Súmulas 718 do Supremo Tribunal Federal e 440 desta Corte.

Afirma, ainda, inexistir impedimento à conversão da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, visto que a paciente preenche os requisitos do art. 44 do Código Penal.

Diante disso, pede, liminarmente, que possa o paciente aguardar no regime



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aberto o julgamento do presente *habeas corpus*; e, no mérito, busca assegurar o regime aberto e a conversão da sanção de reclusão por pena restritiva de direitos.

Pedido liminar deferido para assegurar à paciente o direito de aguardar no regime aberto o julgamento do recurso de apelação (e-STJ fls. 60/63).

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ fls. 84/86).

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 327.985 - SP (2015/0148763-0)

### VOTO

**O EXMO. SENHOR MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):**

Inicialmente, cumpre analisar a adequação da via eleita para a manifestação da irresignação contra o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

No caso, a impetração insurge-se contra decisão do Tribunal de origem que não conheceu do *habeas corpus* impetrado pela defesa, o que, de acordo com a nossa sistemática recursal, ensejaria a hipótese de recurso ordinário.

Assim, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise das teses defensivas, a fim de verificar a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação, de ofício, por este Superior Tribunal de Justiça.

Pela leitura da sentença, observa-se que a pena-base foi fixada no mínimo legal, qual seja, em 5 anos de reclusão. Na segunda fase, a pena permaneceu inalterada, pois ausentes agravantes e atenuantes. Por fim, na terceira fase, reconhecida a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a pena foi reduzida em 2/3, restando a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão.

Na ocasião, foi fixado o regime fechado e indeferida a substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos, tendo o Juízo *a quo* consignado que:

*No que tange ao regime prisional impositivo à espécie, mister fixar-se a modalidade inicial fechada, por ser socialmente*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*recomendável, diante das circunstâncias fáticas do caso, principalmente por envolver apreensão de cocaína, droga esta sabidamente de imensa potencialidade lesiva. some-se a isso o fato de se tratar de delito de natureza hedionda, grave, causador de nefastas consequências na sociedade.*

*(...)*

*Incabível, por fim, a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, pelas mesmas razões supra expostas (e-STJ fl. 40).*

Por oportuno, destaque-se que, em acesso ao site do Tribunal de origem, verifica-se que a Apelação n. 0060795-31.2014.8.26.0050 foi julgada em 6/8/2015, ocasião na qual foi negado provimento ao apelo defensivo, tendo o voto condutor do acórdão destacado que:

*Por outro lado, é inviável a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.*

*Nesse particular, não se desconhece que, em 15 de fevereiro do ano de 2012, o Senado Federal editou a Resolução nº 5, a qual concedeu, nos termos do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, efeito erga omnes à declaração incidental de inconstitucionalidade realizada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento de determinado Habeas Corpus, quanto à expressão, “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, contida no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06.*

*Mas, no caso sub judice, pelas razões já elencadas acima, a ré não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, posto que seria resposta penal insuficiente, considerada as circunstâncias do caso concreto.*

*Finalmente, era mesmo de rigor a fixação do regime inicial fechado para o desconto da pena carcerária, a teor do que dispõe o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a nova redação dada pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007.*

Como é cediço, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, 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, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

O regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mas, para tanto, é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

*Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.*

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis* :

*A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.*

*A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*

No caso, apesar de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, a paciente ser primária, a pena-base fixada no mínimo legal e o redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 aplicado na fração máxima, o regime fechado foi fixado pelo Juízo *a quo* e mantido pelo Tribunal de origem sem a apresentação de fundamentação suficiente para tanto, pois, como visto, a hediondez e a gravidade abstrata do crime não constituem motivação idônea para a fixação de regime mais gravoso.

A propósito:

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIALMENTE FECHADO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. DEVIDA PROGRESSÃO DE REGIME. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL ABERTO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

(...)

*III - Na hipótese, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de apelação criminal, reformou a r. Sentença no sentido de readequar a pena, mantendo a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena, em cumprimento ao disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90.*

*IV - O Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC n. 111.840/ES, reconheceu a inconstitucionalidade, de forma incidental, do § 1º, do art. 2º, da Lei n. 8.072/90, não sendo mais obrigatório o regime inicial fechado para os crimes hediondos.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*V - In casu, da análise dos fundamentos expostos pelas instâncias ordinárias, quando da realização da dosimetria da pena, verifica-se que as circunstâncias judiciais dos pacientes foram avaliadas de modo inteiramente favorável, bem como por se tratar de indivíduos primários, com condenação inferior a 4 (quatro) anos, razão pela qual o regime que melhor atende sua situação, nos termos do art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal, é o aberto.*

*(...)*

*Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena, com a consequente conversão da pena privativa de liberdade em duas restritivas de direito, consoante estabelece o art. 44, § 2º, do Código Penal, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais. (HC 307.913/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 24/2/2015, DJe 3/3/2015) – (grifei).*

Assim, considerando a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, a primariedade da acusada e a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, deve ser fixado, nos termos do art. 33, § 2º, “c”, e § 3º, do Código Penal, o regime aberto para cumprimento da pena da ora paciente.

No que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir tal possibilidade, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, através da Resolução n. 5/2012.

Destarte, tendo o Juízo *a quo* indeferido a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos também com fundamento na hediondez e na gravidade abstrata do delito e, havendo a paciente preenchido os requisitos do art. 44 do Código Penal, entendendo configurado o constrangimento ilegal, motivo pelo qual deve a pena corporal ser substituída por penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais, ainda mais porque o Tribunal de origem, no julgamento do apelo defensivo, não trouxe fundamentação idônea para a negativa do benefício.

Em arremate ao que foi dito, destaco:

**HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

**3. A partir do julgamento do HC 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.**

**4. Hipótese em que a sentença mantida pelo acórdão impugnado referiu-se apenas à natureza hedionda do tráfico de drogas para fixar o regime inicial fechado e negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.**

5. O quantum da condenação (2 anos e 6 meses), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime inicial aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea c, do CP, além da substituição por restritivas de direitos, a ser definida pelo Juízo das Execuções Criminais.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, confirmando a liminar anteriormente deferida, bem como substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais. (HC 327.125/SP, de minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 25/8/2015, DJe 1/9/2015).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE.  
CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

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 é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, 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, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

3. Considerando a quantidade de pena imposta (1 ano, 11 meses e 10 dias), a primariedade do condenado e o fato de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, deve ser fixado o regime inicial aberto, a teor do contido no art. 33, § 2º, alínea "c", e § 3º, do Código Penal.

4. O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o HC 97.256/RS, passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012).

5. Tendo as instâncias ordinárias indeferido a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, com fundamento na vedação legal, e havendo o paciente preenchido os requisitos no art. 44 do Estatuto Penal, fica configurado o constrangimento ilegal.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena, bem como substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais. (HC 320.015/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 1/9/2015, DJe 15/9/2015) – (grifei).

Diante do exposto, **não conheço** do presente habeas corpus. Contudo, **concedo a ordem, de ofício**, para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena, bem como substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

É o voto.

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0148763-0

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 327.985 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00607953120148260050 1152907 20150000441987 20412210720158260000  
607953120148260050

EM MESA

JULGADO: 13/10/2015

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADO : LUANA TRINO DE MEDEIROS  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : FATIMA MARINA MONARIN (PRESO)

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 Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.