



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 324.875 - SP (2015/0122503-2)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : MARIA AUXILIADORA SANTOS ESSADO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOYCA FERNANDES ADAO (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA E HEDIONDEZ DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE.

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. A Suprema Corte, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

3. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a mera alusão à gravidade genérica do delito, aliada a consideração acerca da sua hediondez, não constitui fundamento idôneo para justificar a escolha do regime mais gravoso.

4. No caso dos autos, a despeito de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis e de a pena reclusiva ter sido fixada em 1 ano e 8 meses de reclusão, a quantidade e a espécie das drogas apreendidas em poder do paciente e em sua residência – 38,59g de maconha e 54,85g de cocaína, em pó e em forma de pedra de *crack*, levadas em consideração na terceira etapa da dosimetria da pena – também devem ser utilizadas para o fim de fixar o regime prisional, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, por reclamar o delito cometido maior intensidade na retribuição penal.

5. Pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos inviabilizado, diante da quantidade e da natureza das drogas apreendidas, por não ser a punição requerida suficiente à prevenção e repressão do delito.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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, 04 de agosto de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 324.875 - SP (2015/0122503-2)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio com pedido liminar impetrado em favor de JOYCA FERNANDES ADAO, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Narram os autos que o paciente foi condenado, como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, c/c o § 4º da Lei n. 11.343/2006, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 167 dias-multa (fls. 13/21).

Inconformada, a defesa interpôs apelação, tendo o Tribunal de origem negado provimento ao recurso (fls. 36/59).

No presente *mandamus*, a impetrante sustenta que o paciente sofre constrangimento ilegal, uma vez que o regime prisional mais rigoroso foi fixado com base apenas na hediondez do delito, em desacordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte. Aduz, ainda, ser possível a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, tendo em vista o preenchimento pelo paciente dos requisitos legais.

Requer, em sede liminar, que o paciente seja colocado imediatamente em liberdade até o julgamento definitivo do *writ*. E, no mérito, que seja substituído "o restante da sanção penal por pena alternativa, fixando-se o regime inicial aberto" (fl. 09).

Liminar indeferida às fls. 65/66.

Parecer do Ministério Público Federal, às fls. 75/78, opinando pelo não conhecimento do *writ* e, no mérito, pela concessão da ordem.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 324.875 - SP (2015/0122503-2)

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.

Conforme relatado, busca a impetração que seja fixado o regime inicial aberto para o cumprimento da reprimenda, bem como substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

O Juiz sentenciante justificou a necessidade de a pena ser cumprida inicialmente no regime fechado, nos seguintes termos (fls. 19/20):

Por conta da hediondez do delito, a pena cominada deverá ser cumprida inicialmente em regime fechado, nos termos do disposto no artigo 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.464/07, estando em sintonia com o princípio constitucional da individualização da pena (art.5º, XLVI, Iª parte, C.F. - HC 82.959-SP, STF. apud ob.cit., p.681). Sobre o regime inicial de cumprimento da pena, e considerando a natureza hedionda do delito, por equiparação, atendendo comando constitucional (art. 5º. XLIIILCF), dispõe o artigo 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.464/07, pena deverá ser cumprida inicialmente em regime fechado, afastado por conseguinte o sursis, introduzindo a progressividade, a fim de sanar vício da redação inicial que determinava o integral cumprimento da sanção em regime prisional fechado, o que atentaria contra o princípio da individualização da pena. No entanto, ainda esta alteração, com disposição de início em regime fechado, foi também considerada inconstitucional, em caráter incidenter tantum, no HC nº 111.464/ES, sendo Relator o Ministro Dias Toffoli. por maioria de votos, entendendo-se padecer do mesmo vício de violação ao princípio da individualização da pena. devendo ser fixado o regime prisional, mesmo em se tratando de delitos hediondos e equiparados, na forma do artigo 33, § 2º, alíneas "b" e "c". do Código Penal. Nada obstante a autoridade da mencionada decisão, promanada do Pretório Excelso, em controle difuso, reconhecendo incidentalmente a inconstitucionalidade, e considerando a controvérsia que marca a questão, até mesmo no âmbito da Suprema Corte, já que a decisão foi tomada por maioria de votos, possível dizer, com a mais elevada vênia, que em função do comando previsto no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, cuidou o legislador infraconstitucional em estabelecer tratamento mais rigoroso para o cumprimento da pena de alguns delitos (hediondos e equiparados) dada a maior gravidade da violação aos bens juridicamente protegidos, por isto se estabelecendo no artigo 2º, §1º, da Lei nº 8072/90, com a alteração dada pela Lei nº 11.464/07, que a pena seria cumprida em regime prisional inicial fechado. Não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

se entende, renovada a vênia, tenha a disposição legal violado o princípio da individualização da pena. porquanto, não obstante a limitação ao regime inicial mais gravoso, como ocorre em situações outras, dada a valoração legitimamente exercida pela atividade legislativa, tendo como fonte o anseio de se reprovar de forma distinta ações delitivas que causam maior perturbação ao meio social, não se tem por interdita a progressividade no cumprimento da pena. tampouco os benefícios do livramento condicional e a remissão, o que assegura a individualização da sanção, sem descurar de suas funções retributivas e preventivas, além de ressocializadora. Como se tem objetado, se o regime inicial obrigatoriamente fechado é inconstitucional, por conta de critérios qualitativos (crimes hediondos e equiparados), também o seria pelo critério quantitativo da regra prevista no artigo 33. § 2º, alínea "a", do Código Penal, que prevê obrigatoriamente regime prisional inicial fechado no caso de pena superior a 8 (oito)anos. Além disto, submetendo a individualização da pena em casos de delito hediondo ou equiparado tão somente às regras gerais previstas no artigo 33. § 2º, do Código Penal, estar-se-ia retirando eficácia do comando inserto na Constituição Federal que determinou a adoção de tratamento diferenciado, mais rigoroso, nestas hipóteses (cf. art. 5º, LXIII. CF), acarretando até mesmo a fixação de regime prisional aberto ou ainda a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, violando princípio de proporcionalidade, uma vez que tais sanções são destinadas aos delitos de menor gravidade, não àqueles que foram considerados hediondos ou equiparados, encerrando manifesta incompatibilidade. Deste modo, a pena cominada ao acusado deverá ser inicialmente cumprida em regime fechado, não lhe sendo facultada a interposição de recurso em liberdade.

Interposta apelação pela defesa, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso, mantendo a sentença condenatória, sob os seguintes fundamentos (fls. 50/58):

No que tange ao regime penitenciário, a obrigatoriedade do programa inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e os a ele equiparados foi declarada inconstitucional pelo Col. Pretório Excelso, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES, no Pleno, rei. Min. Dias Toffoli.

Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Cód. Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei (Superior Tribunal de Justiça HC 272.152/SP - rei. Min. Marilza Maynard 6ª Turma -J. 10.12.2013).

A fixação do regime mais gravoso para o início do desconto da pena privativa de liberdade se justifica no caso em comento pela natureza e relevante quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas.

[...]

Impossível olvidar a natureza da infração e os males que a mesma provoca no seio social, devendo o infrator experimentar repercussões objetivas acerca da censurabilidade de sua conduta.

O art. 33, §3º do Cód. Penal remete ao art. 59, do mesmo texto, para eleição do regime de cumprimento das penas, o qual, aliás, traz em seu bojo as conseqüências do delito como elemento informador.

[...]

Segundo a literatura médica, a reação letal ou não letal da cocaína em usuários depende de variados aspectos. Doses consideradas pequenas, cerca de 0,02g, podem ser suficientes para esse efeito (cf. Delton Croce e Delton Croce Júnior, Manual de Medicina Legal, 5ª ed., Saraiva, 2004, pág. 636).

Logo, apreendidas 283,9g, teremos cerca de 14.195 doses letais (excessivas ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

insuportáveis) ao usuário.

Até porque o uso continuado de cocaína provoca o "enfraquecimento das funções psíquicas em geral, cansaço, irritabilidade, inquietação e insatisfação" (cf. Edevaldo Alves da Silva, Tóxicos, 1ª ed., Bushatsky, 1979, pág. 82).

Ademais, conforme decisão publicada na RT 546/327 para fazer um fininho ou bagana de maconha são necessários 0,33g da referida droga.

Sem dúvida, o juiz não pode desprezar as regras de experiência comum (*praesumptiones hominis*), ou seja, a ordem normal das coisas. A experiência comum é aquele conhecimento adquirido pela prática e pela observação do cotidiano.

[...]

Guardadas as devidas proporções, outorgar regime mais brando só pela quantidade da reprimenda brindaria aquele que contribuiu decisivamente contra a ordem e saúde públicas com benefício que não se acha devidamente posto na lei do ponto de vista teleológico.

Destarte, não se há de tabelar regime de cumprimento pela dimensão da reprimenda.

À medida "em que a criminalidade recrudesça e se agrave, pondo, a cada instante, mais e mais risco à segurança e à paz social, cumpre ao Juiz reprimi-la, desestimulá-la e arrostá-la, mercê de uma mais adequada, mais necessária e, quiçá, até mais rigorosa aplicação do Direito" (verbis no Agravo em Execução n. 509.131-7, rel. Des. CANGUÇU DE ALMEIDA, TACRIM/SP).

A lição é oportuna.

Não se pode afirmar um direito subjetivo ao regime aberto só pela dimensão da reprimenda corporal (art. 33, §2º do CP), na medida em que a lei penal prevê, além deste, outros critérios para eleição do programa de reabilitação.

A reforçar o argumento transcrevo passagem do voto do Min. Celso de Mello, do Col. Pretório Excelso: "(...) O preceito inscrito no art. 33, § 2º, "c", do Código Penal não obriga o magistrado sentenciante, mesmo tratando-se de réu primário e sujeito a pena não superior a quatro anos de prisão, a fixar, desde logo, o regime penal aberto. A norma legal em questão permite, ao juiz, impor, ao sentenciado, regime penal mais severo, desde que o faça em decisão suficientemente motivada. A opção pelo regime aberto constitui mera faculdade legal reconhecida ao magistrado sentenciante (...)" (HC 86.624/SP - J. 13.12.2005). Por fim, não é caso de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O Col. Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no ponto em que vedava, ao réu condenado por tráfico de entorpecentes, a conversão da pena privativa de liberdade em outra restritiva de direitos (HC n. 97.256, j. em 1.9.2010, rei. o Min. Ayres Britto).

O envolvimento com o mercado proscrito, as quantidades apreendidas, o clima de instabilidade social trazido pela traficância não coadunam com os requisitos legais delineados no inc. III do art. 44 do Cód. Penal - as circunstâncias não indicam que eventual substituição seria suficiente.

Dos excertos acima transcritos, verifica-se que as instâncias ordinárias se utilizaram da gravidade abstrata e da hediondez do delito, bem como da quantidade e da natureza da droga apreendida, como fundamentos para a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 59, ambos do Código Penal.

Da mesma forma, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a mera alusão à gravidade genérica do delito, aliada à consideração acerca da sua hediondez, não constitui fundamento idôneo para justificar a escolha do regime mais gravoso.

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, entendo que a quantidade de droga apreendida em poder do paciente e em sua residência – 38,59g de maconha e 54,85g de cocaína, em pó e em forma de pedra 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 o delito cometido maior intensidade na retribuição penal.

Nesse sentido:

CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* 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)

Assim, considerando a quantidade e a diversidade das drogas e o *quantum* da pena aplicada, fixo o regime semiaberto para o início da expiação da reprimenda, nos termos do 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.

Isso porque, apesar de a Suprema Corte, em casos tais, admitir a possibilidade de substituição em comento, nos termos do art. 44 do Código Penal, na hipótese em exame, tal possibilidade deve ser afastada, diante da quantidade e da natureza das drogas apreendidas, não sendo a punição pleiteada suficiente à prevenção e repressão do delito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. 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. Ministro 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 a ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0122503-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 324.875 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00066908220148260510 2014000668 66908220148260510 87952014

EM MESA

JULGADO: 04/08/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : MARIA AUXILIADORA SANTOS ESSADO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOYCA FERNANDES ADAO (PRESO)

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.