



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 270.687 - SP (2013/0155086-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MÁRCIO RAMOS DE SOUZA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. MANIFESTA ILEGALIDADE OCORRÊNCIA. REGIME MENOS GRAVOSO. POSSIBILIDADE EM TESE. 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. 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, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. *In casu*, o regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores, uma vez que o Tribunal *a quo* não analisou os elementos concretos constantes dos autos de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para anular o acórdão guerreado, no tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, a fim de que outro seja proferido, à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

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: 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 Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 13 de agosto de 2013(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 270.687 - SP (2013/0155086-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MÁRCIO RAMOS DE SOUZA SILVA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MÁRCIO RAMOS DE SOUZA SILVA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0042610-13.2012.8.26.0050).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas. Confira-se o teor do *decisum*, no que interessa:

Na análise das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, apura-se pelas certidões do apenso próprio que o acusado é portador de antecedentes criminais, pois ostenta condenações passadas por outros crimes dolosos, razão pela qual fixo a pena base 1/6 acima do mínimo legal, resultando uma pena de 05 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias multa. Não existem circunstâncias atenuantes e agravantes a serem consideradas para a segunda fase do cálculo. Para a terceira fase do cálculo, considerando os maus antecedentes do acusado, não incide a minorante do parágrafo 4º, do artigo 33 da Lei 11.343/2006, da mesma forma que não existem causas de aumento de pena. O regime inicial de pena, no caso, somente pode ser o FECHADO. O acusado está sendo aqui condenado pela prática de crime de tráfico de drogas, delito equiparado ao hediondo e isto porque segundo a correta exegese - os delitos de natureza diferenciada, devem receber tratamento diferenciado (artigo 2º, da Lei 8072/90). De acordo com o artigo 2º, parágrafo 1º, da lei dos crimes hediondos, com a redação alterada pela Lei 11.464/2007, a pena por este crime de ser cumprida inicialmente em regime fechado. Ninguém discute que o tráfico de drogas de qualquer dimensão - constitui crime de exagerada periculosidade social, além da trágica e destruidora repercussão social-familiar que traz inevitavelmente. Além disso, é sabido que a violência e grave ameaça à incolumidade pública são presumidas, de maneira que outro não poderia ser mesmo o tratamento dado pelo legislador (por meio da lei de crimes hediondos), até mesmo por uma interpretação e tratamento lógicos do sistema (fl. 21).

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

origem negou provimento, nos seguintes termos:

Fixação de regime aberto.

Essa Câmara considera de suma gravidade o tráfico de drogas que se equipara a crime hediondo, não sendo, pois, cabível imposição de regime prisional diverso do fechado, o único que possibilitará ao apenado condições necessárias para assimilar a terapêutica penal.

(...)

Pena corretamente dosada, preservada, integralmente, a r. decisão hostilizada (fls. 55/56).

Daí o presente *mandamus*, no qual o impetrante sustenta a ilegalidade da imposição do regime inicial fechado, haja vista que "o acórdão proferido pela autoridade coatora fundamentou a manutenção do regime fechado como o inicial para o cumprimento de pena na gravidade em abstrato do crime de tráfico de drogas e no fato de este ser equiparado a crime hediondo" (fl. 2).

Argumenta que "o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 teve sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal em Sessão Plenária realizada em 27 de junho de 2012, no julgamento do *Habeas Corpus* 111.840/ES, de relatoria do Ministro Dias Toffoli" (fl. 3).

Aduz que "a escolha de regime de cumprimento de pena diverso do modelo traçado no artigo 33 do Código Penal exige fundamentação robusta e que se coadune com as garantias constitucionais, não se aceitando teses abstratas" (fl. 5).

Defende que, "considerando que o paciente é primário, e, ao final, foi condenado a pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, de rigor a imposição de regime semiaberto" (fl. 5).

Requer, liminarmente e no mérito, seja fixado o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente.

A liminar foi indeferida às fls. 69/72.

Foram prestadas informações às fls. 82/93 e 95/205.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Washington Bolívar Júnior, pelo não conhecimento do *writ* (fls. 208/211).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 270.687 - SP (2013/0155086-8)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. MANIFESTA ILEGALIDADE OCORRÊNCIA. REGIME MENOS GRAVOSO. POSSIBILIDADE EM TESE. 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. 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, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. *In casu*, o regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores, uma vez que o Tribunal *a quo* não analisou os elementos concretos constantes dos autos de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para anular o acórdão guerreado, no tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, a fim de que outro seja proferido, à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Preliminarmente, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Mister destacar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em sessão extraordinária realizada no dia 27.6.2012, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07. Confira-se:

"*Habeas corpus*. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n.º 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei n.º 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/07, o qual determina que *"a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado"*. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado." (HC n.º 111.840/ES; Relator(a): Ministro Dias Toffoli; Julgamento: 27/06/2012; Tribunal Pleno)

Assim, restou superada pelo Pretório Excelso a obrigatoriedade do regime inicial fechado nas condenações por crimes hediondos ou equiparados, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes.

Não é outro o entendimento da Sexta Turma desta Corte, que adotou o posicionamento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal (HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Na hipótese vertente, verifica-se que o regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

Com efeito, consoante esposado alhures, a obrigatoriedade do regime inicial fechado prevista na Lei de Crimes Hediondos foi superada pela Suprema Corte, de modo que não configura fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso para os condenados pela prática dos delitos previstos na Lei Antitóxicos, haja vista que, para estabelecer o regime prisional, deve o magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos do Código Penal, o que não ocorreu na espécie.

Ante o exposto, **não conheço do habeas corpus**, mas **concedo a ordem, de ofício**, para anular o acórdão guerreado, no tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, a fim de que outro seja proferido, à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0155086-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 270687 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00426101320128260050 20130000145985 426101320128260050 6342012

EM MESA

JULGADO: 13/08/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MÁRCIO RAMOS DE SOUZA 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 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 Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.