



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 373.386 - RS (2016/0258440-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : JOSEANE ALVES CABRAL

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. *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 Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 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 caso, a Corte de origem manteve o regime prisional com base nas circunstâncias específicas do delito, qual seja, a quantidade, natureza e diversidade das drogas apreendidas. Entretanto, o regime inicial fechado, excessivamente mais severo do que a pena de 1 ano e 10 meses revela-se desproporcional.

4. Dessa forma, verifico que a quantidade, a natureza e a diversidade dos entorpecentes apreendidos, sopesados na primeira fase da dosimetria, justificam apenas a fixação do regime intermediário, na esteira do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Quanto à substituição, verifica-se que as circunstâncias do caso concreto não recomendam, tendo em vista a diversidade e natureza das drogas apreendidas – cocaína e *crack*.

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

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, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 373.386 - RS (2016/0258440-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : JOSEANE ALVES CABRAL

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JOSEANE ALVES CABRAL contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Embargos Infringentes n. 0249366-58.2016.8.21.7000).

Consta dos autos que a paciente foi condenada, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 1 ano e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, incidente a minorante prevista no § 4º do mesmo artigo (e-STJ fls. 156/192).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi improvido (e-STJ fls. 269/287).

Os embargos infringentes opostos contra a parte não unânime do julgado, relacionada ao regime prisional e à negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, foram rejeitados (e-STJ fls. 313/321). Segue a ementa do acórdão:

EMBARGOS INFRINGENTES. CRIME DE ENTORPECENTES – TRÁFICO (ARTIGO 33 E SEU § 4º, DA LEI Nº 11.343/06).

Primeiramente, relevante salientar que a matéria objeto da divergência diz respeito apenas à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos e, ainda, de estipulação do regime inicial aberto para o cumprimento da pena, na hipótese de descumprimento das condições impostas para dita substituição.

No que diz com a divergência concernente à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou, ainda, de fixação do regime inicial aberto para a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hipótese de descumprimento das condições impostas para tal substituição, de referir que o voto preponderante se mostra adequado às circunstâncias que envolveram a prática delitiva e não enseja alteração.

O fato envolve 33 pedrinhas de crack, com peso aproximado de 18,15g e mais 06 bucinhas de cocaína, pesando por volta de 1,0g, entorpecente este de alto poder lesivo, sendo que a última droga referida suportaria a confecção de mais porções, circunstâncias capazes de afastar as benesses outorgadas por dito voto dissonante, pois a acusada já foi beneficiada com a incidência da redutora do artigo 33-§ 4º, da Lei nº 11.343/06, na fração de 2/3, na minha ótica, de modo indevido, o que vai mantido, contudo, por ausente recurso do Ministério Público no ponto, sendo que tal circunstância basta para inibir a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e a alteração do regime carcerário. Voto vencido.

Nessa conformidade, deve prevalecer o voto majoritário, diante do caso concreto, em todos os seus termos, tal como deduzido no acórdão ora embargado.

EMBARGOS INFRINGENTES rejeitados, POR MAIORIA.

No presente *writ*, a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal à paciente, pois manteve o regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena mediante fundamentação inidônea. Afirma que a paciente é primária e a condenação não é superior a 4 anos, razão pela qual faz jus ao regime aberto e à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ao final, liminamente e no mérito, pede a concessão da ordem para que o regime prisional seja alterado para aberto, além da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi parcialmente deferido para assegurar à paciente o direito de aguardar no regime semiaberto o julgamento do presente *habeas corpus*.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 384/389, pela denegação da ordem:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. MANUTENÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO - LEGALIDADE - PRECEDENTES DO STF. PARA APLICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL DEVE-SE CONSIDERAR AS CONDIÇÕES DO RÉU, O QUANTUM DA PENA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*E AS CARACTERÍSTICAS DO FATO. ARTIGO 33, § 2º, C, DO
CÓDIGO PENAL. PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.*

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 373.386 - RS (2016/0258440-4)

VOTO

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

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. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido.

(HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...].

(STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, em princípio, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, na presente oportunidade, o reconhecimento de constrangimento ilegal na fixação do regime fechado, bem como na não substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Com efeito, como é cediço, em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistente a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal.

No caso, seguem os fundamentos utilizados pelo Tribunal *a quo* para manter o regime inicial fechado e negar a substituição (e-STJ fl. 319):

É que, no meu sentir, a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não estão atrelados tão somente ao quantum da pena corporal imposta, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso concreto.

In casu, a ré foi presa em flagrante após prévia denúncia de que estaria comercializando entorpecentes, na posse de diferentes tipos de entorpecentes [33 (trinta e três) pedrinhas de crack, pesando aproximadamente 18,15g; e 06 (seis) bucinhas de cocaína, em torno de 1,0g], altamente lesivos à saúde do usuário, o que justifica a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena, assim como o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. [...]

Assim, ressei da transcrição supra que a Corte de origem manteve o regime prisional com base nas circunstâncias específicas do delito.

Entretanto, o regime inicial fechado, excessivamente mais severo do que a pena de 1 ano e 10 meses revela-se desproporcional.

Dessa forma, verifico que a quantidade, a natureza e a diversidade dos entorpecentes apreendidos – 18,15g de *crack* e 1g de cocaína –, sopesados na primeira fase da dosimetria, justificam apenas a fixação do regime intermediário, na esteira do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Quanto à possibilidade de substituição da pena, da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal, em 1º/9/2010, no julgamento do HC n. 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei de Drogas, na parte relativa à proibição da conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por tráfico de entorpecentes.

Todavia, entendo que as circunstâncias do caso concreto não recomendam a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. De fato, embora o *quantum* de pena fixado seja inferior a 4 (quatro) anos, preenchendo, portanto, o requisito objetivo, observo que as circunstâncias do caso, natureza e diversidade dos entorpecentes apreendidos – cocaína e *crack* – não recomendam a substituição. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. NÃO CABIMENTO. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL 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. Justificado o quantum de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão da qualidade e diversidade das drogas apreendidas, descabe falar em flagrante constrangimento ilegal a ser sanado, ainda mais quando a fração de redução aplicada "fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório (HC 321.624/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 03/08/2015). 3. Caso em que a incidência daquela minorante no patamar de 1/3 decorreu da quantidade e da natureza da droga apreendida (55 porções de cocaína e maconha), inexistindo ilegalidade patente a ser reparada na via estreita do mandamus. 4. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º 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. 5. A despeito de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis e de a pena ter sido fixada em 3 anos e 4 meses de reclusão, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas em poder do paciente, também utilizadas para o fim de fixar o regime prisional, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, admitem o cumprimento inicial da sanção no regime semiaberto. 6. A Suprema Corte, no HC n. 97.256/RS, também passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, no termos do art. 44 do Código Penal. 7. A jurisprudência desta Corte tem entendido que a natureza, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

podem interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (AgRg na Rcl 21.663/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/11/2014, DJe 05/12/2014). 8. In casu, a Corte estadual, sem se alinhar àquela orientação pretoriana, valeu-se, também, da quantidade (55 invólucros) e da natureza da droga (cocaína e maconha) para vedar a substituição pretendida. 9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena. (HC 296.069/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 11/09/2015).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para confirmar a liminar anteriormente deferida apenas para fixar o regime inicial semiaberto.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0258440-4

HC 373.386 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00121500298733 00917604620158210001 02493665820168217000 121500298733
2493665820168217000 70070391727 917604620158210001

EM MESA

JULGADO: 21/02/2017

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

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	: JOSEANE ALVES CABRAL

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.