



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.001 - MG (2014/0296688-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : LEIDISON RUBENS DE SOUZA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990. FUNDAMENTO INVÁLIDO. DISPOSITIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.
3. Estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão, embora verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o adequado à prevenção e à reparação do delito, considerada a natureza e a variedade da droga apreendida (80 pedras de *crack* e 170 buchas de maconha), valoradas na terceira fase da dosimetria da pena, e elencadas como circunstâncias preponderantes, a teor dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedente.
4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

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

Brasília (DF), 17 de maio de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.001 - MG (2014/0296688-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : LEIDISON RUBENS DE SOUZA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em benefício de **LEIDISON RUBENS DE SOUZA** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que proveu parcialmente o recurso da defesa apenas para determinar a substituição da pena privativa de liberdade (2 anos e 6 meses de reclusão) por restritiva de direitos, pela condenação como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, mantido o regime fechado (Apelação Criminal n. 1.0027.13.004254-5/001), em decisão assim ementada:

"PENAL - TRÁFICO DE DROGA - DESCLASSIFICAÇÃO - ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06 - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - REDUÇÃO PELO PRIVILÉGIO EM 2/3 [DOIS TERÇOS] - DESCABIMENTO - FRAÇÃO ADOTADA JUSTIFICADA - ALTERAÇÃO DO REGIME - INVIABILIDADE - DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO - SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - CABIMENTO - RESOLUÇÃO 05/2012 DO SENADO - RECORRER EM LIBERDADE - DESCABIMENTO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Impõe-se a condenação por tráfico de droga quando se encontram comprovadas a autoria e a materialidade do delito, afastando o pleito desclassificatório. 2. Inviável ó a redução da pena em 2/3 [dois terços] pelo reconhecimento do privilégio vez que está justificada a fração adotada. 3. Inadmissível se encontra a alteração do regime eis que o delito em análise é equiparado a hediondo. 4. A Resolução nº. 05/2012 do Senado autoriza a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito aos condenados nas sanções do artigo 33 §4º da Lei nº.11.343/06 desde que preenchidos os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal. 5. Prejudicado se encontra o pedido de recorrer em liberdade vez que o processo está pronto para julgamento, estando presentes ainda os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal. 6. Recurso parcialmente provido.

V.V. APELAÇÃO CRIMINAL - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - PROIBIÇÃO DE FREQUENTAR DETERMINADOS LUGARES - CONDIÇÕES FIXADAS NESTA INSTÂNCIA. - Procedida à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consistente em proibição de frequentar determinados lugares, as condições para o seu cumprimento devem ser fixadas nesta instância." (e-STJ, fl. 37.)

No *writ* em exame, a impetrante sustenta, em síntese, que: a) "há possibilidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alteração do regime fechado para regime aberto para início de cumprimento da pena privativa de liberdade" (e-STJ, fl. 4); b) deve ser observada a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990; c) falta fundamentação idônea para a não concessão do regime inicial aberto.

A liminar foi indeferida (e-STJ, fls. 62-64).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 182-195), o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem "a fim de que seja determinado o regime inicial aberto para o cumprimento da pena" (e-STJ, fls. 134-137).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.001 - MG (2014/0296688-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : LEIDISON RUBENS DE SOUZA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990. FUNDAMENTO INVÁLIDO. DISPOSITIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.
3. Estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão, embora verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o adequado à prevenção e à reparação do delito, considerada a natureza e a variedade da droga apreendida (80 pedras de *crack* e 170 buchas de maconha), valoradas na terceira fase da dosimetria da pena, e elencadas como circunstâncias prevaletentes, a teor dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedente.
4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Nesse contexto, passo ao exame da suposta ilegalidade apontada pela defesa.

Da sentença condenatória, consta que "a pena privativa de liberdade deverá ser cumprida inicialmente em regime fechado, conforme dispõe o § 1º, do art. 2º, da Lei nº 8.072/90".

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve o regime mais severo, *in verbis*:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"O crime previsto no artigo 33 § 4º da Lei 11.343/2006 é assim hediondo, pouco importando a análise favorável das balizas judiciais do artigo 59 do Código Penal ou a pena aplicada, o que impõe a manutenção do regime fechado nos termos da lei dos delitos hediondos nº 8072/90." (e-STJ, fl. 49.)

Inicialmente, convém destacar que a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do disposto no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com a preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

No caso em apreço, verifica-se **flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício**, pois a imposição do regime fechado está apoiada em mera fundamentação *ope legis*, decorrente de norma já declarada inconstitucional, o que não é admissível segundo reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça (Nesse sentido: AgRg no REsp 1.434.726/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015; AgRg no REsp 1.523.103/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 3/8/2015).

Contudo, estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão, embora se trate de agente primário e as circunstâncias do art. 59 do CP lhe sejam favoráveis, o regime semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave, segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o adequado à prevenção e à reparação do delito, dada a natureza e a variedade das drogas apreendidas (80 pedras de *crack* e 170 buchas de maconha), que foram inclusive consideradas na terceira fase da dosimetria da pena para modular a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

A propósito, confira-se:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADA À PENA CORPORAL DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA QUE JUSTIFICA A FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA (1/2) UTILIZADA. REGIME SEMIABERTO ADEQUADO TAMBÉM PELA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA, QUE DEMONSTRA A GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

- 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.
 - Deve ser mantida a fração redutora de 1/2, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando a sentença e o acórdão recorridos, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamentam o patamar escolhido, concretamente, na quantidade da droga apreendida, qual seja, 43 tijolos de maconha, pesando 129g. Ademais, alterar a conclusão a que chegou as instâncias ordinárias implica, sem dúvida, revolver o acervo fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*.
 - 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.
 - As referências feitas à hediondez do delito devem ser afastadas como fundamento utilizado para o estabelecimento do regime mais gravoso pelas instâncias ordinárias.
 - O regime semiaberto, mais gravoso do que a pena de 2 anos e 6 meses de reclusão comporta, deve ser mantido ante a gravidade concreta do delito, evidenciada pela considerável quantidade da droga apreendida com a paciente - 43 tijolos de maconha, pesando 129g -, elemento que recomenda o regime mais gravoso para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.
 - *Habeas corpus* não conhecido."
- (HC 279.016/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016.)

Diante do exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, a fim de fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0296688-2

HC 309.001 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00425451620138130027 1002713004254001 130042545 425451620138130027

EM MESA

JULGADO: 17/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE	: LEIDISON RUBENS DE SOUZA (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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.