



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 323.449 - SP (2015/0109265-5)

**RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEBORA REZENDE DANTAS MOTTA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CHARLES MEDEIROS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita se revela inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. Todavia, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/2007. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI 8.072/1990, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 11.464/2007. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA. NECESSÁRIA ANÁLISE DOS REQUISITOS DO ARTIGO 33 DO CÓDIGO PENAL PELO JUÍZO COMPETENTE. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.464/2007, que estabelecia o modo inicial fechado em relação aos delitos hediondos cometidos após a sua entrada em vigor, o regime prisional para esses tipos de crimes deve ser fixado de acordo com o previsto no artigo 33 do Código Penal.

SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44, DO CÓDIGO PENAL. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. A substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito é possível quando se encontram preenchidos os requisitos subjetivos e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

objetivos previstos no art. 44, do Código Penal.

2. Não há falar em constrangimento ilegal quando a conversão da pena é indeferida, haja vista a ausência dos requisitos legais, diante das circunstâncias do caso concreto.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juízo competente analise os requisitos previstos no artigo 33 do Código Penal para a fixação do regime inicial, mantidos os demais termos do aresto impugnado.

ACÓRDÃO

A Quinta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca e Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de agosto de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 323.449 - SP (2015/0109265-5)

**RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEBORA REZENDE DANTAS MOTTA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CHARLES MEDEIROS SANTOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE) (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de CHARLES MEDEIROS SANTOS contra acórdão proferido pela 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento à Apelação n.º 0001227-84.2014.8.26.0050, mantendo a sentença que o condenou à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que o fundamento utilizado para fixar o regime inicial fechado seria inidôneo, pois embasado na gravidade abstrata do delito cometido, ressaltando que, dada a quantidade de reprimenda totalizada e a favorabilidade das circunstâncias judiciais, seria cabível o modo aberto, sob pena de violação aos enunciados Sumulares n.ºs 718 e 719 do STF, e nos termos do art. 33, § 3º, do CP.

Alega que a aplicação do redutor de pena previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, afastaria o caráter hediondo do crime de tráfico, motivo pelo qual deveria ter-lhe sido fixado regime diverso do fechado.

Afirma que faria jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porquanto atendidos os requisitos previstos no art. 44, do CP, bem como em razão de ter sido declarada a inconstitucionalidade do artigo que vedada a concessão da referida benesse.

Requer a concessão da ordem constitucional a fim de que seja estabelecido o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime inicial aberto e substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 323.449 - SP (2015/0109265-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE) (Relator): Inicialmente, cumpre atestar a inadequação de via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

A propósito:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA. ACUSADO FORAGIDO. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL.

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, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em se concede a ordem de ofício.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 302.771/PI, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 19/11/2014)

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, porque:

"[...] no dia 04 de janeiro de 2014, às 11:54 horas, na Rua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Engenheiro Alberto Schiesser, 87, Jardim Primavera, nesta Capital, CHARLES MEDEIROS SANTOS (qualificado às fls.10 e com foto a fls.20), trazia consigo e tinha em depósito **180 trouxinhas contendo o total de 225,0 gramas de "cannabis Sativa L", conhecida como maconha, 5 "ependorfs" contendo o total de 2,2 gramas de cocaína, e a quantia de R\$ 160,25 (cento e sessenta reais e vinte e cinco centavos) em dinheiro**" (e-STJ fl. 10)*

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, o qual lhe negou provimento, mantendo o édito condenatório na íntegra.

No que se refere ao regime inicial de execução da pena, verifica-se que o Colegiado manteve o modo mais gravoso, sob a seguinte fundamentação:

"O mesmo se diga quanto ao regime prisional, que não pode ser outro que não o fechado, seja por aplicação do § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, com alteração dada pela Lei n. 11.464/07, seja por incompatibilidade da benesse ao condenado por crime hediondo, ainda que por equiparação, pela periculosidade social presumida, tudo a exigir a imposição de regime mais rigoroso para o início de cumprimento da reprimenda" (e-STJ fls. 65-66)

Acerca do tema, cumpre observar que a nova redação dada ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 pela Lei 11.464/07 que estabelecia a obrigatoriedade de cumprimento inicial da pena no modo fechado, nos casos de condenação pelo delito do art. 33 da Lei de Drogas, foi declarada, por maioria de votos e de forma incidental, inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do HC 111.840, da Relatoria do Exmo. Sr. Ministro Dias Toffoli, ocorrido em 27-6-2012, por entender-se que o dispositivo contraria a Constituição Federal, especificamente no ponto que trata do princípio da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI), devendo o regime prisional, então, ser fixado de acordo com o previsto no art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal.

Como sabido, o controle incidental de constitucionalidade, também chamado doutrinariamente de controle por via difusa, por via de defesa, ou por via de exceção, se dá em qualquer instância judicial, por juiz ou tribunal, em casos concretos, comuns e rotineiros, e ocorre quando uma das partes questiona a Justiça sobre a constitucionalidade de determinada norma.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Certo também que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade pela via difusa são restritos ao processo e às partes, e, via de regra, retroagem desde a origem do ato subordinado à inconstitucionalidade da lei/norma assim declarada.

Entretanto, tendo a inconstitucionalidade sido declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe a interpretação da Constituição Federal, deve ser seguida a orientação dada pela Corte Suprema.

Dessa forma, e considerando-se a declaração de inconstitucionalidade, ainda que por maioria de votos e de forma incidental, da nova redação dada ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 pela Lei 11.464/07, deve o regime prisional ser fixado de acordo com os ditames do art. 33 e parágrafos do Código Penal.

Portanto, afastando-se o fundamento no qual o Tribunal de origem se embasou para manter o regime inicial fechado, mostra-se necessária a análise dos termos inculpidos no art. 33 e parágrafos do Código Penal, para fins de determinar o modo prisional no qual deve iniciar o cumprimento da sanção, que deverá ser feita pelo Juízo competente.

Com relação à almejada substituição da pena, na hipótese que se apresenta, tem-se que a conversão da pena reclusiva em restritiva de direito foi negada pelo Tribunal impetrado diante do não preenchimento do requisito legalmente exigido, *in verbis*:

"Quanto à substituição da pena corporal por restritiva de direitos, muito embora, em tese, possível, esta Câmara tem como regra a incompatibilidade da benesse ao condenado por crime hediondo, ainda que por equiparação, não em função de impeditivo legal, mas pela periculosidade social presumida, incompatibilizando o autor do crime com atividades comunitárias ou assistenciais, na medida em que o recoloca em contato direto com grupo suscetível ao seu assédio.

No caso concreto, observe-se, ainda, a natureza de parte da droga apreendida (cocaína), em quantidade razoável, a denotar contornos de maior gravidade ao tráfico de drogas. De fato, a cocaína é, certamente, uma das drogas de maior nocividade à saúde, trazendo, sem dúvida, conseqüências devastadoras, além do "quantum" de pena aplicado.

Trata-se de contexto que retrata a personalidade do apelante, e inclusive de desprezo pela vida alheia e pela sociedade, pois se envolveu na prática de delito que fomenta a multiplicação da delinqüência, uma vez que, não raro, usuários e/ou dependentes químicos recorrem ao submundo do crime para angariar recursos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para sustento do vício.

Ora, o artigo 44 do Código Penal, em seu inciso III, expõe elementos a serem considerados quando da substituição da pena corporal por restritiva de direitos, consignando ao final a necessidade de que a substituição seja "suficiente", o que não se vislumbra, repita-se, neste feito, especialmente, porque o acusado não apontou exercício de atividade lícita para sobreviver.

Desde já, ressalte-se que não se trata de decisão contrária à do Supremo Tribunal Federal, mas sim de resultado da análise acerca do cabimento ou não da substituição prevista no citado artigo 44, a qual, no caso em comento, é incompatível, pelos motivos expostos" (e-STJ fl. 65).

De fato, as circunstâncias do delito evidenciam que, *in casu*, a negativa da permuta encontra-se justificada, pois a conversão da sanção reclusiva realmente não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito noticiado.

Nesse norte, os seguintes precedentes, deste Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO (ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/90). TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. REMESSA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA (91 TROUXINHAS DE MACONHA, PESANDO 335,5G). HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

- Verificado que o regime fechado foi fundamentado no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, dispositivo declarado inconstitucional, de forma incidental, pelo Supremo Tribunal Federal, cabe ao juízo da execução, tendo em vista o trânsito em julgado da condenação, reavaliar os elementos concretos dos autos para fixar o regime prisional com base no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, bem como no art. 42 da Lei n. 11.343/06.

- A quantidade e a natureza do entorpecente constituem circunstâncias capazes de agravar o aspecto qualitativo da reprimenda, obstando a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, como forma de se aplicar uma sanção



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suficiente para a repressão e prevenção do delito, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar ao Juízo das Execuções que, a partir de dados concretos, decida acerca da possibilidade de fixar ao paciente regime inicial mais brando para o cumprimento da pena.

(HC 302.787/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 26/06/2015)

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. AFASTAMENTO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. NEGATIVA INJUSTIFICADA. PRESENÇA DOS REQUISITOS. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da 1ª 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, insculpida no art. 5º, LXVIII, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante e estiver influenciando na liberdade de locomoção do indivíduo.

2. É sabido que o legislador, ao editar a Lei n. 11.343/06, objetivou dar tratamento diferenciado ao traficante ocasional, ou seja, aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida, por merecer menor reprovabilidade e, conseqüentemente, tratamento mais benéfico do que o traficante habitual.

3. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas nem integrar a organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), dependendo das circunstâncias do caso em concreto.

4. A Lei n. 12.694/12 definiu o conceito de organização criminosa, entretanto, para se afirmar que o agente se dedica a atividades ilícitas, o magistrado terá de analisar a vida pregressa do acusado, sopesando sua conduta social, a habitualidade com que ele se envolveu em episódios delitivos, bem como as circunstâncias fáticas que envolvem o tráfico de drogas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. No caso, entende-se que a quantidade e espécie de droga apreendida em poder do paciente - 2,8g de cocaína -, por si sós, não permitem concluir que o acusado se dedique a atividades criminosas.

6. Assim, tratando-se de réu primário, com bons antecedentes, e sendo as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal todas favoráveis ao paciente, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal, a quantidade de droga apreendida, isoladamente, não tem o condão de afastar a aplicação do disposto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

7. Em razão da natureza da substância entorpecente, a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 não pode ser aplicada em seu patamar máximo, a teor do disposto no art. 42 do mesmo diploma legal, devendo incidir em percentual diverso, ou seja, em 1/3 (um terço).

8. Não se revela socialmente recomendável o deferimento do benefício da substituição de pena, tendo em vista principalmente a espécie de droga apreendida, altamente nociva ao usuário e à sociedade, exigindo, portanto, maior rigor na repressão.

9. Agravo regimental parcialmente provido para conceder habeas corpus, de ofício, em favor do paciente, a fim de aplicar a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, no patamar de 1/3 (um terço), reduzindo a reprimenda para 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, a ser cumprida no regime aberto, negada, a substituição da pena por restritivas de direitos.

(AgRg no HC 291.375/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2014, DJe 01/10/2014)

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do writ, concedendo-se, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, a fim de determinar que o Juízo competente analise os requisitos previstos nos artigos 33 do Código Penal para a fixação do regime inicial ao paciente, mantidos os demais termos do acórdão objurgado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0109265-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 323.449 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00012278420148260050 12278420148260050 20150000090059 872014

EM MESA

JULGADO: 06/08/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO JOSÉ GISI

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEBORA REZENDE DANTAS MOTTA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CHARLES MEDEIROS SANTOS

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 Felix Fischer, Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca e Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC) votaram com o Sr. Ministro Relator.