



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 254.323 - ES (2012/0194782-2)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : PEDRO RODRIGUES FRAGA E OUTRO
ADVOGADO : PEDRO RODRIGUES FRAGA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : JÚLIO CÉSAR BUCK OTTONI
PACIENTE : NIVALDO SOUZA JÚNIOR
PACIENTE : VINÍCIUS DA SILVA FERRAZ
PACIENTE : MURIEL ALVARENGA BORGES

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTE TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME FECHADO QUE SE IMPÕE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.^a Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.^a Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 06/09/2012; HC 108.181/RS, 1.^a Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, *"no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício."*

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

4. Contudo, no caso, as penas-base dos Pacientes foram fixadas acima do mínimo legal, em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, razão pela qual se mostra cabível o regime prisional mais gravoso, nos termos da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

5. Quanto ao Paciente JÚLIO CÉSAR BUCK OTTONI, além da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se adequada a aplicação do regime inicial fechado diante do *quantum* de pena total estabelecido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(superior a 08 anos). Exegese do art. 33, § 2.º, alínea *a*, do Código Penal.

6. Ausência de ilegalidade flagrante apta a ensejar a eventual concessão da ordem de ofício.

7. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 12 de novembro de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 254.323 - ES (2012/0194782-2)

IMPETRANTE : PEDRO RODRIGUES FRAGA E OUTRO
ADVOGADO : PEDRO RODRIGUES FRAGA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : JÚLIO CÉSAR BUCK OTTONI
PACIENTE : NIVALDO SOUZA JÚNIOR
PACIENTE : VINÍCIUS DA SILVA FERRAZ
PACIENTE : MURIEL ALVARENGA BORGES

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de JÚLIO CÉSAR BUCK OTTONI, NIVALDO SOUZA JÚNIOR, VINÍCIUS DA SILVA FERRAZ e MURIEL ALVARENGA BORGES, contra acórdão denegatório proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (HC n.º 0002115-78.2012.8.08.0000), assim ementado:

"HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06) - REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE - ELEMENTOS CONCRETOS - ORDEM DENEGADA.

Após a declaração de inconstitucionalidade do § 1º, do art. 20, da Lei 8.072/90, é possível a fixação de regime inicial diverso do fechado quanto ao crime de tráfico de drogas, devendo, contudo, ser analisada a particularidade de cada caso e os elementos concretos existentes para atender à exigência de fundamentação do regime de execução da pena.

O caso concreto demanda a adoção do regime mais rigoroso, tendo em vista a natureza, a grande quantidade e a diversidade de drogas apreendidas (16,29 de maconha, 198 pedras de crack, pesando 95,39, e outras duas pedras maiores do mesmo entorpecente, com o peso de 457,5s).

Ordem denegada." (Fl. 14)

No caso, o Paciente JÚLIO CÉSAR foi condenado à pena de 08 anos e 06 meses de reclusão e os Pacientes NIVALDO, VINÍCIUS e MURIEL, cada um, à sanção de 05 anos de reclusão e 500 dias-multa, todos no regime inicial fechado, como incursos no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06.

No presente *writ*, sustenta-se que os Pacientes fariam jus à fixação do regime inicial semiaberto. Assinala-se, no ponto, o precedente do Supremo Tribunal Federal, "*que declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1.º, do art. 2.º, da Lei 8.072/90, com redação dada pela Lei 11.464/07*" (fl.07).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pleiteia-se, também, *in limine*, seja assegurado aos Pacientes a imediata colocação em regime prisional aberto, "*em virtude de os mesmos já terem cumprido o lapso temporal a concessão da progressão de regime*" (fl. 12).

Indeferi o pedido liminar às fls. 69/70.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 78/80.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 85/89, opinando pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 254.323 - ES (2012/0194782-2)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTE TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME FECHADO QUE SE IMPÕE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.^a Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.^a Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 06/09/2012; HC 108.181/RS, 1.^a Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, *"no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício."*

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

4. Contudo, no caso, as penas-base dos Pacientes foram fixadas acima do mínimo legal, em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, razão pela qual se mostra cabível o regime prisional mais gravoso, nos termos da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

5. Quanto ao Paciente JÚLIO CÉSAR BUCK OTTONI, além da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se adequada a aplicação do regime inicial fechado diante do *quantum* de pena total estabelecido (superior a 08 anos). Exegese do art. 33, § 2º, alínea *a*, do Código Penal.

6. Ausência de ilegalidade flagrante apta a ensejar a eventual concessão da ordem de ofício.

7. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inicialmente, conquanto se sobreleve a importância da ação constitucional do *habeas corpus* como instrumento de salvaguarda do direito ambulatorial do cidadão, tem-se verificado no direito processual penal brasileiro um excessivo alargamento de sua admissibilidade, em detrimento das vias recursais próprias. Essa notória vulgarização do *writ* tem abarrotado os tribunais pátrios, em especial os superiores.

Atento a esse desvirtuamento do remédio heróico, o Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Nesse sentido, a propósito, os seguintes precedentes: STF, HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe em 11/09/2012; STF, HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; STF HC 114.452-AgR/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 16/10/2012, publicado no DJe de 08/11/2012.

Esse entendimento tem sido reiterado em decisões monocráticas, as quais, considerando a inadequação do *writ*, bem como não ser o caso de concessão da ordem de ofício, negaram seguimento às impetrações, v.g.: HC 114.550/AC, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe de 27/08/2012; HC 114.924/RJ, Rel. Ministro Dias Toffoli, DJe de 27/08/2012; HC 116.385/PR, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 01/03/2013; HC 116.379/MS, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe de 26/02/2013.

Nesse cenário, reformulou-se a admissibilidade da impetração originária também neste Superior Tribunal de Justiça, adequando-se à nova orientação da Suprema Corte, em absoluta consonância com os princípios constitucionais, mormente o do devido processo legal, da celeridade e da economia processual e da razoável duração do processo, a fim de que não seja conhecido o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, nos feitos em andamento.

Feitas essas pertinentes observações, constata-se não ser o caso de concessão do remédio constitucional de ofício. Vejamos.

Busca-se, neste *writ*, a reforma da sentença condenatória, unicamente quanto ao regime prisional fixado.

Como se sabe, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Entretanto, no caso, as penas-base dos Pacientes foram fixadas acima do mínimo legal, em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, razão pela qual se mostra cabível o regime prisional mais gravoso, nos termos da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

No mesmo sentido, a jurisprudência desta Corte Superior:

"HABEAS CORPUS. ROUBO SIMPLES. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. DESCABIMENTO.

1. É cabível a fixação de regime semiaberto em razão das circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis, ligadas a maneira com que foi cometido o delito, ainda que a pena final seja igual ou inferior a quatro anos.

2. Hipótese em que o julgador se valeu de elementos idôneos para determinar o regime prisional - crime cometido no período noturno e contra menor de idade - tendo, inclusive, arbitrado a pena-base acima do mínimo legal.

3. Ordem denegada." (HC 220.667/MS, 6.^a Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 07/03/2012.)

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. APREENSÃO DA ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA MAIS SEVERO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. [...]

3. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, com fundamentação idônea, correta a estipulação do regime inicial mais gravoso, conforme autorizado pelo § 3º do art. 33 do Código Penal.

4. Ordem denegada." (HC 96.379/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ de 16/06/2008.)

Ademais, quanto ao Paciente JÚLIO CÉSAR BUCK OTTONI, além da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se adequada a aplicação do regime inicial fechado diante do *quantum* de pena total estabelecido (superior a 08 anos). Exegese do art. 33, § 2º, alínea *a*, do Código Penal.

Assim, não resta configurada ilegalidade manifesta que permita a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO da ordem de *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0194782-2

HC 254.323 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 100120020670 21157820128080000 222201005733 222201103961 222201103970
35100927041

EM MESA

JULGADO: 12/11/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: PEDRO RODRIGUES FRAGA E OUTRO
ADVOGADO	: PEDRO RODRIGUES FRAGA E OUTRO(S)
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	: JÚLIO CÉSAR BUCK OTTONI
PACIENTE	: NIVALDO SOUZA JÚNIOR
PACIENTE	: VINÍCIUS DA SILVA FERRAZ
PACIENTE	: MURIEL ALVARENGA BORGES

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."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.