



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 275.591 - SP (2013/0271107-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : EDUARDO FERRARI GERALDES
ADVOGADO : EDUARDO FERRARI GERALDES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MICHEL GOMES DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. REGIME PRISIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CABÍVEL O REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, DE OFÍCIO. LIMINAR CONFIRMADA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. Deve-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. No caso dos autos, considerando o *quantum* da pena estabelecido e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível a fixação do regime aberto, a teor do disposto no art. 33, § 2.º, alínea "c", e § 3.º do Código Penal. Incidência do enunciado n.º 440 da Súmula desta Corte.

4. Não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em medidas restritivas de direitos, já que o Paciente não preenche o requisito previsto no art. 44, inciso III, do Código Penal.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem parcialmente concedida, de ofício, para, confirmando a liminar, fixar o regime aberto como regime inicial, com condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais, aplicando-se-lhe as regras correspondentes.

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 e conceder parcialmente "Habeas Corpus" de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.
Brasília (DF), 11 de março de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 275.591 - SP (2013/0271107-0)

IMPETRANTE : EDUARDO FERRARI GERALDES
ADVOGADO : EDUARDO FERRARI GERALDES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MICHEL GOMES DA SILVA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de MICHEL GOMES DA SILVA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 0105274-17.2011.8.26.0050).

O Paciente, preso em flagrante no dia 07/12/2011, foi denunciado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, porque, segundo a denúncia, trazia consigo, para fins de tráfico, 37 pinos contendo cocaína (com peso de 28,1 g).

O Juízo de primeiro grau proferiu sentença condenatória, impondo ao Réu a pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e o pagamento de 583 dias multa.

Irresignado, o Paciente interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem deu parcial provimento para reduzir sua pena a 2 anos e 11 meses de reclusão, em regime fechado, com 291 dias multa mínimos, mantida, no mais, a sentença condenatória.

No presente *writ*, o Impetrante alega, em síntese, que a fixação do regime fechado deu-se sem fundamentação idônea, apenas com base na gravidade em abstrato do delito de tráfico de drogas.

Requer, assim, liminarmente e no mérito, a aplicação do regime inicial aberto ao Paciente, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

Liminar deferida em parte (fls. 55/58).

Informações dispensadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*, ou, caso conhecido, pela concessão parcial da ordem (fls. 77/80).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 275.591 - SP (2013/0271107-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. REGIME PRISIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CABÍVEL O REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, DE OFÍCIO. LIMINAR CONFIRMADA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. Deve-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. No caso dos autos, considerando o *quantum* da pena estabelecido e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível a fixação do regime aberto, a teor do disposto no art. 33, § 2.º, alínea "c", e § 3.º do Código Penal. Incidência do enunciado n.º 440 da Súmula desta Corte.

4. Não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em medidas restritivas de direitos, já que o Paciente não preenche o requisito previsto no art. 44, inciso III, do Código Penal.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem parcialmente concedida, de ofício, para, confirmando a liminar, fixar o regime aberto como regime inicial, com condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais, aplicando-se-lhe as regras correspondentes.

VOTO

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

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao **recurso ordinário constitucional**, nas hipóteses em que esse último é cabível. Isso porque as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

competências do Pretório Excelso e desta Corte tratam-se de matéria de direito estrito, previstas taxativamente na Constituição da República.

Contudo, a Suprema Corte não admite a extensão desse entendimento, por este Tribunal, aos casos de **writ substitutivo de recurso especial** (HC 115.715, Rel. Min. ROSA WEBER, Rel. p/ acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 12/09/2013; RHC 117.845, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 07/10/2013; HC 113.690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 08/10/2012), diante do que prevê a alínea c, inciso I, do art. 105, do Texto Constitucional.

Por isso, vinha insistindo no conhecimento do *mandamus* em tais casos, já que não há, na Carta Magna, limitação em tal sentido. Ao contrário, confere a Constituição plena eficácia ao remédio constitucional do *habeas corpus* para salvaguarda do direito ambulatorial (cabível tão somente a restrição que se conclui da regra processual prevista em seu art. 105, inciso II, alínea a).

Vale reproduzir, inclusive, no ponto, fundamentação exarada pelo Eminentíssimo Ministro CELSO DE MELLO, ao proferir voto vogal no julgamento do HC 110.118/MS pela Segunda Turma do Pretório Excelso, *in verbis*:

"Talvez a questão mais importante, neste caso, não seja a questão de fundo, mas, sim, a controvérsia em torno da admissibilidade e pertinência do remédio constitucional do "habeas corpus", que não pode ser comprometido, em sua eficácia e utilização, por razões, ainda que compreensíveis, de índole pragmática.

Tenho para mim que a decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, da lavra do eminente Ministro GILSON DIPP, mostra-se extremamente restritiva quanto à utilização do "habeas corpus", culminando por frustrar a aplicabilidade e a eficácia de um dos remédios constitucionais mais caros à preservação do regime de tutela e amparo à liberdade de locomoção física das pessoas.

O E. Superior Tribunal de Justiça, no acórdão objeto desta impetração, não conheceu da ação de "habeas corpus" lá ajuizada, por haver entendido tratar-se de "utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais".

Ao assim decidir, o E. Superior Tribunal de Justiça salientou, com apoio em fundamentação de que divirjo, que se vem registrando, no âmbito dos Tribunais, "uma irrefletida banalização e vulgarização do 'habeas-corpus'".

Preocupa-me, Senhor Presidente, abordagem tão limitativa das virtualidades jurídicas de que se acha impregnado o remédio constitucional do "habeas corpus" [...].

[...].



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desse modo, **cabe insistir na asserção** de que o “**habeas corpus**”, em sua condição de instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, **configura** poderoso meio de cessação do **injusto constrangimento que afeta o direito de locomoção física** das pessoas [...].
[..].

Delineado, assim, esse itinerário que o “habeas corpus” **percorreu** em nosso sistema de direito positivo, **e consolidada**, hoje, **a função clássica** que lhe é inerente - **não obstante** as vicissitudes impostas a esse importantíssimo remédio constitucional, tão temido por regimes autocráticos, **como o atesta o art. 10 do AI nº 5/68 -, causa-me preocupação** essa nova diretriz que vem de ser adotada pela colenda Quinta Turma do E. Superior Tribunal de Justiça **e que**, caso eventualmente prevaleça, **implicará** gravíssima restrição a um fundamental instrumento de proteção jurisdicional da liberdade em nosso País.

Torna-se fácil concluir, do que venho de expor, que o E. STJ **restringiu**, excessivamente, **o alcance** do remédio constitucional do “habeas corpus”, **impondo-lhe** condicionamentos que a jurisprudência desta Corte Suprema considera inadmissíveis.” (grifos originais).

O julgamento do referido feito restou assim ementado:

*"Criminal. Impetração de habeas corpus substitutivo de recurso especial. Admissibilidade. Peculiaridades do caso concreto. Concessão da ordem. **O eventual cabimento de recurso especial não constitui óbice à impetração de habeas corpus**, desde que o direito-fim se identifique direta e imediatamente com a liberdade de locomoção física do paciente. Habeas corpus concedido, para que o STJ aprecie o mérito do HC 176.122/MS." (HC 110.118, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Rel. p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 07/08/2012 – grifei.)*

Porém, não obstante o posicionamento do Supremo Tribunal Federal – com o qual me alinho –, fiquei vencida ao conhecer de *habeas corpus* substitutivos de recursos ordinários, no julgamento, pela Quinta Turma desta Superior Tribunal, dos HHCC 266.835/SP e 274.618/SP, em 21/11/2013.

Por tal razão, passarei a decidir de acordo com o entendimento majoritário deste Colegiado para – frise-se, com ressalva do meu posicionamento pessoal –, não conhecer de writ substitutivo de recurso especial, até que tal orientação, venha, eventualmente, a ser modificada. Isso, contudo, sem prejuízo de deferir-se ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

Na ocasião do exame do pleito liminar, argumentei no seguinte sentido:

"[...] É sabida a posição desta Corte Superior no sentido de que o regime inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90.

Entretanto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

junho de 2012, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Confira-se a ementa do julgado:

"Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 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 nº 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 nº 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 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 nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 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."

Entendeu o Supremo Tribunal Federal que o § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90 vai de encontro ao princípio constitucional da individualização da pena, inserto no art. 5.º, inciso XLVI, da Constituição da República,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

porquanto cabe ao Magistrado individualizar a reprimenda do condenado, conforme o caso concreto.

Desse modo, afastada a disposição constante do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, a fixação do regime inicial de cumprimento de pena deve observar o que dispõe o art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

A propósito, confira-se o disposto no enunciado n.º 440 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, litteris:

"Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito."

No mesmo sentido tem sido os reiterados julgados do Supremo Tribunal Federal, cuja jurisprudência está espelhada nos verbetes sumulares n.ºs 718 e 719, respectivamente, in verbis:

"A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada."

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

No caso, o Paciente, réu primário, restou condenado à pena reclusiva de 2 anos e 11 meses, sendo-lhe favoráveis todas as circunstâncias judiciais. Cumpre ressaltar que, a teor do disposto no artigo 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º do Código Penal, "o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto".

O Juízo de primeiro grau, todavia, fixou o regime inicial fechado, consignando na sentença apenas o seguinte: "O cumprimento da pena será, inicialmente, em regime fechado" (fl. 39).

O Tribunal a quo, por sua vez, ao manter o regime prisional fixado na sentença condenatória, assim se pronunciou: "O regime prisional inicial fechado, estabelecido em consonância com o imperativo da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, não comporta reparo" (fl. 49).

Constata-se, assim, ao menos neste juízo preliminar e perfunctório, que foi imposto o regime fechado sem fundamentação idônea.

Com relação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, a espécie em testilha não se enquadra nas hipóteses excepcionais passíveis de deferimento do pedido em caráter de urgência, por não veicular situação configuradora de abuso de poder ou de manifesta ilegalidade. Além disso, a medida liminar postulada, nessa parte, é de natureza satisfativa, confundindo-se com o próprio mérito da impetração, cuja análise competirá ao órgão colegiado, em momento oportuno.

Nesse contexto, demonstrada a plausibilidade do direito arguido, bem assim o prejuízo na manutenção da ilegalidade por mais tempo, DEFIRO PARCIALMENTE o pedido liminar, para determinar **tão somente**, até o julgamento final do presente writ, **a colocação do Paciente no regime inicial aberto, aplicando-se-lhe as regras desse regime**" (fls. 55/58).

Não sobrevieram motivos para alterar esse entendimento, razão pela qual, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

questão de brevidade e para evitar tautologia, limito-me, nesta oportunidade, a confirmá-lo.

De outra parte, não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em medidas restritivas de direitos, já que o Paciente, conforme bem salientou a Douta Subprocuradoria da República e o acórdão combatido, não preenche o requisito previsto no art. 44, inciso III, do Código Penal, tendo em vista, sobretudo, o envolvimento de menor com a prática delitiva e a quantidade e a forma como a droga apreendida estava acondicionada.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*. CONCEDO PARCIALMENTE A ORDEM, DE OFÍCIO, para, confirmando a liminar, fixar o regime aberto como regime inicial, com condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais, aplicando-se-lhe as regras correspondentes.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0271107-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 275.591 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01052741720118260050 1052741720118260050 132012 20130000222042 23062011

EM MESA

JULGADO: 11/03/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : EDUARDO FERRARI GERALDES
ADVOGADO : EDUARDO FERRARI GERALDES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MICHEL GOMES DA SILVA

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 parcialmente "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

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