



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 283.296 - SP (2013/0392028-0)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TIAGO APARECIDO MOREIRA MARTINS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. **1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRÁFICO DE DROGAS. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. ADEQUAÇÃO DO REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. DROGA ALTAMENTE NOCIVA. GRANDE QUANTIDADE 3. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir *habeas corpus* que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial, no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente – a ser sanado mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício –, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. Na espécie, consoante preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, embora a pena reclusiva tenha sido fixada em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a substituição do regime prisional não se mostra adequada, tendo em vista a natureza, a "quantidade e variedade de entorpecente", haja vista que o paciente foi apreendido com 210,6g (duzentos e dez gramas e seis decigramas) de cocaína, distribuídos em 118 (cento e dezoito) invólucros plásticos, além de 201 (duzentos e uma) pedras de crack. Vale ressaltar serem os entorpecentes apreendidos de alto poder alucinógeno e viciante, em quantidade apta a atingir considerável número de usuários.

3. *Habeas corpus* não conhecido.

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 Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de maio de 2014 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 283.296 - SP (2013/0392028-0)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Tiago Aparecido Moreira Martins, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

No *decisum*, o paciente não teve a pena privativa de liberdade substituída por medidas restritivas de direitos.

Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal na Corte de origem, tendo a Décima Primeira Câmara de Direito Criminal, à unanimidade, negado provimento, mantendo inalterada a sentença condenatória.

No presente *writ*, o impetrante postula a alteração do regime inicial de cumprimento da sanção reclusiva, porquanto fixado com maior rigor sem concreta fundamentação legal. Aduz que a pena ficou no mínimo legal e, por ser inferior a 2 (dois) anos, deve ser imposto o regime aberto.

Sustenta, ademais, a possibilidade de se considerar o tempo de prisão provisória ao fixar o regime inicial.

A liminar foi indeferida consoante decisão de fls. 49-50, e as informações, juntadas às fls. 61-75 e 90.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do feito ou, caso conhecido, pela denegação da ordem, em parecer sumariado nos seguintes termos (fls. 95-106):

HABEAS CORPUS COM PEDIDO DE LIMINAR. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES.

1. O *habeas corpus*, quando utilizado como substituto de recursos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

extraordinários, só deve ser conhecido quando flagrante a ilegalidade apontada, sob pena de banalização do atual sistema recursal.

2. No julgamento do *Habeas Corpus* nº 111.840/ES, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados pela prática de crimes hediondos e a eles equiparados.

3. No entanto, diante da quantidade e natureza das drogas apreendidas, resta inviabilizado o pedido de abrandamento do regime, nos termos das regras contidas nos arts. 33, § 3º, do Código Penal.

4. Parecer pelo não conhecimento do *writ*. No mérito, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 283.296 - SP (2013/0392028-0)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do *mandamus*, destacando-se que o *habeas corpus* é remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Assim, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário. A mudança jurisprudencial firmou-se a partir dos seguintes julgamentos: *Habeas Corpus* n. 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio; *Habeas Corpus* n. 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber; *Habeas Corpus* n. 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux; e *Habeas Corpus* n. 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli.

Entendo que boa razão têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do *writ*, cujas origens me parece terem sido esquecidas, sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

No entanto, apesar de não se ter utilizado, na espécie, do recurso previsto na legislação ordinária para a impugnação da decisão, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, passo a analisar as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente – a ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sanado mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício –, evitando-se, desse modo, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

O impetrante pugna pela modificação do regime inicial de cumprimento da pena ao argumento de que teria contrariado o disposto no enunciado 440 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Sobre esse tema, cumpre ressaltar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27 de junho de 2012, ao julgar o *Habeas Corpus* n. 111.840/ES, por maioria de votos, 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, assim, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os crimes hediondos e equiparados.

Confira-se, a propósito, a ementa do julgado:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/07, o qual determina que 'a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado'. Declaração



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Nesse julgamento, lembrou o Relator, Ministro Dias Toffoli, que, "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 fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado". Destacou, outrossim, "que 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".

Logo, independente de ser o crime hediondo ou a ele equiparado, quando da fixação do regime inicial de cumprimento de pena deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, o que ocorreu no caso em apreço.

Partindo-se, dessarte, do *quantum* de sanção privativa de liberdade aplicada ao acusado, faz-se imprescindível, para a imposição de regime mais rigoroso ao cumprimento da pena segregatória, concreta e individualizada fundamentação, diante da presença de circunstâncias desabonadoras em relação ao paciente, nos termos do § 3º do art. 33 do Código Penal.

Incide, portanto, os enunciados sumulares 718 e 719 do STF, os quais colaciono, respectivamente:

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.

Corroborando o entendimento acima anunciado, destacam-se os seguintes precedentes desta Corte:

A - HABEAS CORPUS. REGIME INICIAL FECHADO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO NA FORMA TENTADA. GRAVIDADE ABSTRATA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RÉUS PRIMÁRIOS. REPRIMENDA FINAL ESTABELECIDADA EM 2 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO. ARTIGO 33, §§ 2º E 3º DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 718 E 719/STF E 440/STJ. ALTERAÇÃO PARA O MODO ABERTO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O artigo 33, § 2º, c, do CP, estabelece que o condenado à pena igual ou inferior a 4 anos poderá iniciar o cumprimento da sanção no regime aberto, observando-se os critérios do art. 59 do aludido diploma legal.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que fixada a pena-base no mínimo legal e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, não se justifica a fixação do sistema carcerário mais gravoso com base unicamente em assertivas genéricas relativas à gravidade do crime e inerentes ao próprio tipo penal violado.

3. Cumpre destacar que, recentemente, este Tribunal Superior sumulou o referido entendimento no verbete n. 440: "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."

4. Na espécie, os pacientes foram condenados às penas de 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, o qual foi fixado com base na gravidade abstrata do delito.

5. Ordem concedida para estabelecer, a teor do artigo 33, § 2º, c, do Código Penal, o modo inicial aberto aos pacientes para o resgate da reprimenda. (HC 172.865/SP, Rel. o Min. **JORGE MUSSI**, DJe 21.03.2011)

B - PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. TENTATIVA. 1. CÂMARA FORMADA MAJORITARIAMENTE POR JUÍZES DE PRIMEIRO GRAU CONVOCADOS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. INOCORRÊNCIA. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA. 2. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. NECESSIDADE. 3. LAUDOS QUE ATESTAM QUE ARMA ENCONTRAVA-SE DESMUNICIADA. CAUSA DE AUMENTO. NÃO-INCIDÊNCIA. 4. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 443 DO STJ. 5. REGIME INICIAL SEMIABERTO. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. DIREITO AO REGIME MENOS GRAVOSO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E SÚMULA 440 DO STJ. 6. ORDEM EM PARTE CONCEDIDA.

1. Os julgamentos de recursos proferidos por Câmara composta, majoritariamente, por juízes de primeiro grau não são nulos, eis que não violam o princípio do juiz natural. Ressalva do entendimento da relatora.

(...)

5. Não é possível a imposição de regime mais severo que aquele previsto em lei com base apenas na gravidade abstrata do delito, visto que, para exasperação do regime legal, é necessária motivação idônea. Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n.º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

440 deste Superior Tribunal de Justiça.

6. Ordem em parte concedida para afastar a causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, reduzindo a reprimenda privativa de liberdade, e fixar o regime inicial aberto. (HC 161.326/SP, Rel. a Min. **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe 11.10.2010)

Entretanto, no caso em apreço, consoante preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal e 42 da Lei de Tóxicos, embora a pena reclusiva tenha sido fixada em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a substituição do regime prisional não se mostra adequada, tendo em vista a natureza, a "quantidade e variedade de entorpecente" (fl. 70), visto que o paciente foi apreendido com 210,6g (duzentos e dez gramas e seis decigramas) de cocaína, distribuídos em 118 (cento e dezoito) invólucros plásticos, além de 201 (duzentos e uma) pedras de *crack*. Vale ressaltar serem os entorpecentes apreendidos de alto poder alucinógeno e viciante, em quantidade apta a atingir considerável número de usuários.

Esse é o entendimento da jurisprudência desta Corte Superior:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06 NO PATAMAR MÁXIMO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA E MODIFICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

2. Na hipótese, houve a aplicação da causa de diminuição da pena no patamar inferior ao máximo legal (dois terços), valendo-se a instância ordinária de suficiente fundamentação, o que afasta a alegação de constrangimento ilegal.

3. Para concluir em sentido diverso, infirmando-se os argumentos expendidos na origem, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do **habeas corpus**. Precedentes do STJ e do STF.

4. Embora a sanção não alcance 4 (quatro) anos, as circunstâncias do caso - considerável quantidade, diversidade e natureza do entorpecente, bem como a estrutura existente na residência do paciente para facilitar a comercialização da droga - recomendam o estabelecimento do regime fechado, tal qual asseverado na origem.

5. Pelos mesmos motivos, não se mostra socialmente recomendável o deferimento da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.

6. *Ordem denegada* (HC nº 182.316/SP, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, DJe de 19/10/2011, grifou-se).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Saliente-se, por fim, que o paciente já foi beneficiado com a aplicação da causa especial de redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no seu patamar máximo de 2/3 (dois terços), minorante que nem sequer poderia incidir, diante do esboço fático dos autos, em obediência ao disposto no art. 42 da Lei de Drogas.

Assim, não se mostrou irregular a atuação do Poder Judiciário, motivo pelo qual não diviso o alegado constrangimento ilegal.

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0392028-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 283.296 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0087242272012 00872422720128260050 20130000500589 87242272012
872422720128260050

EM MESA

JULGADO: 20/05/2014

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TIAGO APARECIDO MOREIRA MARTINS (PRESO)

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."

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.