



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 358.347 - SP (2016/0146944-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : HOMERO SILLES
ADVOGADO : HOMERO SILLES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WENDEL SANTOS NORONHA (PRESO)

EMENTA

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

1. A via eleita revela-se 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 N. 11.464/2007. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 11.464/2007. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE MODO DIVERSO DO FECHADO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA APTA A JUSTIFICAR O REGIME MAIS GRAVOSO. FAVORABILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CP. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA. 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 para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos cometidos após a sua entrada em vigor, o regime prisional para esses tipos de crimes deve agora ser fixado de acordo com o previsto no artigo 33 do Código Penal.

2. No caso dos autos, conquanto a autoridade apontada como coatora tenha fixado a reprimenda em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, estabeleceu o modo fechado para o resgate da reprimenda baseando-se na previsão contida no § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990 e na suposta gravidade do crime.

3. Entretanto, afastado o fundamento relativo à hediondez do crime e tendo em vista que a quantidade do entorpecente apreendido não foi exacerbada, considerando, ainda, a primariedade do paciente, a favorabilidade das circunstâncias judiciais e a fixação da pena-base no mínimo legal, imperiosa a alteração para o semiaberto.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fim de alterar o regime inicial para o semiaberto.

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 "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de junho de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 358.347 - SP (2016/0146944-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : HOMERO SILLES
ADVOGADO : HOMERO SILLES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WENDEL SANTOS NORONHA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de WENDEL SANTOS NORONHA contra acórdão proferido pela 2ª Câmara Extraordinária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento à Apelação n. 0008289-41.2014.8.26.0224, mantendo a sentença que o condenou à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c.c art. 40, inciso VI, da Lei n. 11.343/06.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que deveria ter sido fixado o regime prisional semiaberto, nos termos do art. 33 do Código Penal, em razão da declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal que estabelecia a obrigatoriedade do modo de execução fechado aos condenados por tráfico de entorpecentes, e tendo em vista o *quantum* de reprimenda totalizada.

Requer a concessão da ordem constitucional a fim de que seja alterado o regime inicial para o semiaberto.

A liminar foi indeferida.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 358.347 - SP (2016/0146944-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da 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 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c.c art. 40, inciso VI, ambos da Lei n. 11.343/06, porque:

Consta dos inclusos autos do inquérito policial que, no dia 26 de fevereiro de 2014, por volta das 12:20 horas, na Rua Clorinda Mafuz, nº 10, Jardim São Domingos, nesta cidade e comarca, WENDEL SANTOS NORONHA, qualificado J fls. 24, previamente ajustado e com unidade de desígnios com o adolescente infrator Paulo Henrique da Silva



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Campos, qualificado a fls. 09, guardavam, para fins de consumo de terceiros, 57 (cinquenta e sete) porções de maconha, envoltas em embalagens plásticas conhecidas como "trouxinha", com peso líquido de 66,4g (sessenta e seis gramas e quatro decigramas), e 47 (quarenta e sete) porções de cocaína, envoltas em embalagens plásticas do tipo "eppendorf", com peso líquido de 15,4g (quinze gramas e quatro decigramas), drogas que determinam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com, determinação legal e regulamentar, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 16/17 e laudos de constatação provisória de fls. 18/19 e 20/21. (e-STJ fl. 08)

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte de origem, a qual lhe negou provimento, mantido o édito condenatório.

No que se refere ao regime inicial de execução da pena, verifica-se que o Colegiado *a quo* manteve o fechado em aresto proferido nos seguintes termos, a saber:

No que tange ao regime, correta a fixação do fechado, diante da gravidade concreta da conduta, exaustivamente explanada. Não se ignora que STF reconheceu e declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 1º, que instituiu obrigatoriedade do início da pena em regime fechado, no julgamento do HC nº 111.840/ES, em 27 de junho de 2012. Entretanto, a r. decisão, despida de efeito erga omnes, não retirou, da natureza de delito, a equiparação a hediondo, inclusive reforçada pelo espírito da Súmula nº 512 do STJ, inexistindo qualquer afronta aos princípios da proporcionalidade e da individualização ou violação às Súmulas nºs 718 e 719. do STF e 440. do mesmo Sodalício. (e-STJ fl. 25)

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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, § 2º e 3º, c/c art. 59 do Código Penal.

Na hipótese, embora o Tribunal de origem tenha fixado a reprimenda em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, manteve o modo inicial fechado com esteio na previsão contida no § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990 e na suposta gravidade da conduta.

Entretanto, afastado o fundamento relativo à hediondez do crime e tendo em vista que a quantidade do entorpecente apreendido não foi exacerbada, considerando, ainda, a primariedade do paciente, a favorabilidade das circunstâncias judiciais e a fixação da pena-base no mínimo legal, imperiosa a sua modificação para o semiaberto, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea *b*, do Código Penal.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA FIGURA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. INVIABILIDADE. PACIENTE QUE SE DEDICA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO DEFERIDO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

- 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.

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

- **No caso, considerando a pena de 5 anos de reclusão, a primariedade do paciente e o fato de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, ante a valoração favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, deve ser estabelecido o regime semiaberto.**

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para modificar o regime de cumprimento da pena para o semiaberto.

(HC 312.264/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 31/05/2016)

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 fixar o regime inicial semiaberto, mantidos os demais termos do acórdão objurgado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0146944-6

HC 358.347 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00082894120148260224 1158802 20150000907145 4222014 82894120148260224

EM MESA

JULGADO: 21/06/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

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 : HOMERO SILLES
ADVOGADO : HOMERO SILLES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WENDEL SANTOS NORONHA (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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.