



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 303.705 - RJ (2014/0228240-1)**

**RELATOR** : **MINISTRO FELIX FISCHER**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**ADVOGADO** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PACIENTE** : FABIO SILVA DO NASCIMENTO

### EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA NO MÍNIMO LEGAL. ANÁLISE DO ART. 33, §2º, **B** E §3º DO CP. SEMIABERTO. REGIME COMPATÍVEL. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§2º e 3º do Código Penal.

IV - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto no art. 33, §§2º e 3º, ambos do Código Penal, a imposição do regime inicial **semiaberto** ao paciente, condenado a pena inferior a 8 (oito) anos, primário, ostentando condições judiciais favoráveis. Parecer da d. Subprocuradoria-Geral da República favorável à concessão da ordem.

**Habeas Corpus** não conhecido.

Ordem concedida de ofício para, **confirmando-se a liminar deferida**, fixar o



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime **semiaberto** de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, §2º, **b**, e §3º, do CP.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de novembro de 2014 (Data do Julgamento)

Ministro Felix Fischer

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 303.705 - RJ (2014/0228240-1)

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER:** Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em benefício de FABIO SILVA DO NASCIMENTO, contra v. acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, c/c art. 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/06, à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão em regime inicial fechado.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, que foi desprovido, por unanimidade, pelo eg. Tribunal **a quo**. Eis a ementa do v. acórdão reprochado:

*"CRIMES CONTRA A SAÚDE PÚBLICA – TRÁFICO DE DROGAS COM A MAJORANTE DO ART. 40, IV, DA LEI DE DROGAS - APELANTE PRESO EM FLAGRANTE QUANDO, DURANTE OPERAÇÃO POLICIAL E BALEADO, TENTAVA EVADIR-SE PORTANDO EXPRESSIVA QUANTIDADE DE CLORIDRATO DE COCAÍNA, ALÉM DE REVÓLVER E MUNIÇÕES – MATERIALIDADE, AUTORIA E CULPABILIDADE PRESENTES - PRESENÇA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA DO INCISO IV DO ART. 40 DA LEI 11343/06 - DEPOIMENTO DO POLICIAL EM PLENA HARMONIA COM A DINÂMICA DOS FATOS – PRÁTICAS CRIMINOSAS COMPROVADAS EM LOCAL DOMINADO POR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – PROVAS SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO – SENTENÇA CORRETAMENTE POSTA – DESPROVIMENTO DO APELO DEFENSIVO" (fls. 8-9).*

Daí o presente **writ**, no qual alega o impetrante que haveria constrangimento ilegal, no que tange à fixação do regime inicial fechado para o início do cumprimento da pena.

Pretende a modificação do regime para o semiaberto, a teor do disposto no art. 33, § 2º, alínea "b", do CP, salientando que *"o Paciente é primário e de bons antecedentes, tendo sua pena-base sido aplicada no mínimo legal em razão da verificação, pelo juiz de*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*primeira instância, da ausência de circunstâncias judiciais negativas previstas no artigo 59 do Código Penal" (fl. 6).*

A liminar foi **deferida**, para que fosse observado em relação ao paciente o regime **semiaberto**, até o julgamento final do **writ** (fls. 48-49).

Informações prestadas às fls. 59, 61-62 e 86-87.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 77-81, manifestou-se pela **concessão** da ordem, de ofício.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 303.705 - RJ (2014/0228240-1)

### EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA NO MÍNIMO LEGAL. ANÁLISE DO ART. 33, §2º, **B** E §3º DO CP. SEMIABERTO. REGIME COMPATÍVEL. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§2º e 3º do Código Penal.

IV - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto no art. 33, §§2º e 3º, ambos do Código Penal, a imposição do regime inicial **semiaberto** ao paciente, condenado a pena inferior a 8 (oito) anos, primário, ostentando condições judiciais favoráveis. Parecer da d. Subprocuradoria-Geral da República favorável à concessão da ordem.

**Habeas Corpus** não conhecido.

Ordem concedida de ofício para, **confirmando-se a liminar deferida**, fixar o regime **semiaberto** de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, §2º, **b**, e §3º, do CP.

### VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER:** A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (**v.g.**: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministro **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (**v.g.**: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Em relação ao regime inicial de cumprimento de pena, a r. sentença condenatória fixou o regime inicial fechado, utilizando-se do seguinte fundamento:

*"Com fulcro no artigo 2º, inciso II, §1º, da Lei 8.072/90, é estabelecido o REGIME FECHADO para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade" (fl. 31).*

O v. acórdão impugnado, por sua vez, assim examinou a questão, no ponto:

*"A fixação do regime fechado para o cumprimento da pena advém de expressa disposição legal" (fl. 14).*

Pois bem. Verifica-se que o regime fechado foi fixado tanto em primeira quanto em segunda instância em razão da hediondez do delito. O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07. Portanto, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33 e do art. 59, ambos do Código Penal.

Este também é entendimento perfilhado por esta Corte, **verbis**:

*"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS, PORTE ILEGAL DE ARMA E RECEPÇÃO. PENAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. DESCABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SANÇÃO MAIOR QUE QUATRO ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. RÉU PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. ADEQUAÇÃO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.*

*[...]*

*7. 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*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.*

*8. Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, em se tratando de réu primário e com bons antecedentes, não existe razão para negar o regime inicial semiaberto.*

*9. Ordem de habeas corpus não conhecida. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente" (HC n. 239999/MS, Quinta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 21/8/2014).*

Em relação ao pleito de fixação de regime mais brando (semiaberto, no caso), verifico que o pleito defensivo merece guarida.

Consoante a decisão ora combatida, a pena base foi fixada no mínimo legal, ou seja, em cinco anos, ante as circunstâncias favoráveis do paciente. Dessarte, **ex vi** do art. 33, §2º, **b**, e §3º, do CP, o paciente faz jus a regime compatível com a reprimenda imposta, devendo ser fixado o **semiaberto** para cumprimento de pena.

Diante de tais considerações, **não conheço do writ**.

**Todavia, concedo a ordem de ofício** para, **confirmando-se a liminar deferida**, fixar o regime **semiaberto** de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, §2º, **b**, e §3º do Código Penal.

É o voto.





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0228240-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 303.705 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00034581420138190083 058033472013 34581420138190083 58033472013

EM MESA

JULGADO: 18/11/2014

#### Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

#### AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : FABIO SILVA DO NASCIMENTO

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 Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.