



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 298.410 - SP (2014/0162971-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANDRÉ LUIZ DA SILVA DA CUNHA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAIANE REGINA DE SOUZA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/06. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO APENAS COM BASE NA VEDAÇÃO LEGAL DO § 1º DO ART. 2º DA LEI N. 8.072/1990, JÁ DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF. VEDAÇÃO LEGAL AFASTADA. PACIENTE COM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ART. 33, §§ 2º E 3º DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

– O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59 do Código Penal.

– Na espécie, em que pese o regime inicial fechado ter sido estabelecido com base na vedação legal, já declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, não há razões para flexibilizá-lo, à luz do art. 33 do Código Penal. Isso porque, a despeito de ter sido condenada à pena de 5 anos e 10 meses, a paciente teve a pena-base estabelecida acima do piso legal, em razão da grande quantidade de drogas apreendidas, circunstância que torna possível a fixação do regime inicial fechado, consoante dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

– *Habeas Corpus* não conhecido.

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. Os Srs. Ministros Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de setembro de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 298.410 - SP (2014/0162971-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANDRÉ LUIZ DA SILVA DA CUNHA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAIANE REGINA DE SOUZA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de DAIANE REGINA DE SOUZA, no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0006746.52.2008.8.26.0114.

Consta dos autos que, em primeira instância, a paciente foi absolvida das imputações descritas na exordial acusatória, por insuficiência de provas.

Irresignado, o *Parquet* apelou ao Colegiado de origem, que deu provimento ao recurso para condenar a acusada à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/06.

No presente *writ*, a impetrante alega que o regime mais severo de cumprimento da pena foi fixado com fundamento na regra legal constante do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, já declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Diante disso, requer, liminarmente e no mérito, a fixação de regime menos gravoso para o cumprimento da pena.

Indeferida a liminar (e-STJ fl. 45), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* (e-STJ fls. 55/58).

É relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 298.410 - SP (2014/0162971-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpra analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 4ª Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

A insurgência volta-se contra a fixação do regime inicial fechado, fundamentado na vedação legal de se fixar regime diverso, em razão da hediondez do delito.

A dosimetria da pena e o estabelecimento do regime prisional inserem-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador e estão atrelados às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, que somente podem ser revistos por esta Corte, mormente em *habeas corpus*, em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao regime prisional, cumpre asseverar que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59 do Código Penal:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado (STF, HC n. 111.840, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe em 17/12/2013).

Esse entendimento também é adotado por ambas as Turmas da Terceira Seção desta Corte, conforme se verifica dos seguintes julgados: HC n. 264.068/RS, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 11/2/2015; HC n. 274.020/SP, Relator Ministro ERICSON MARANHÃO (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe 19/2/2015; e HC n. 299.797/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 2/12/2014.

No presente caso, o Tribunal *a quo* fixou o regime inicial fechado, sem qualquer fundamentação concreta, mas tão somente com base na vedação legal, já declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Senão vejamos (e-STJ fl. 14):

Fixo o regime fechado para o início do cumprimento da pena carcerária, por ser o único adequado à gravidade do crime praticado, equiparado a hediondo, e por expressa determinação legal (artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, com a nova redação dada pela Lei 11.464/07), não se podendo estabelecer regime menos gravoso.

Porém, em que pese o regime inicial fechado ter sido estabelecido com base em fundamento já declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal, não há razões para flexibilizar o regime fixado, à luz do art. 33 do Código Penal.

Extrai-se do acórdão impugnado (e-STJ fl. 14):

Quanto a Daiane, fixo as penas-base acima do mínimo legal, na fração de um sexto em razão da vultosa quantidade de entorpecentes. Ausentes outras circunstâncias modificadoras, torno as penas definitivas em 5 anos e 10 meses de reclusão, além de 58 diárias, fixadas no mínimo legal.

Verifica-se, assim, que, a despeito de ter sido condenada à pena inferior a 8 anos – a saber, 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado – a paciente teve a pena-base estabelecida acima do piso legal em razão da grande quantidade de drogas apreendidas, circunstância judicial desfavorável que torna possível a fixação do regime inicial fechado, consoante dispõe o art. 33, § 2º e 3º, art. 59, ambos do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. CONDENADO PRIMÁRIO, CUJA PENA SEJA SUPERIOR A 4 ANOS E NÃO EXCEDA A 8. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL SOPESADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 3º DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA.

1. Após a declaração incidental, pelo Supremo Tribunal Federal, do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, tem-se que ele não constitui fundamentação idônea a justificar a fixação do regime inicial fechado, haja vista que, para estabelecer o regime de cumprimento de pena, deve o magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos, do Código Penal.

2. Não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado ao paciente não reincidente, condenado a pena superior a 4 anos de reclusão e não excedente a 8 anos, com registro de circunstância judicial desfavorável sopesada na primeira fase da dosimetria (grande quantidade de cocaína).

3. À luz do art. 33, § 3º, do CP e da fundamentação global da sentença - que deve se analisada como um todo e não por capítulos - encontra-se justificada a fixação do regime inicial mais gravoso.

4. Writ não conhecido (HC n. 228.963/SP, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 16/4/2015, DJe 27/4/2015).

[...]. CONDENAÇÃO SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REINCIDÊNCIA E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA DIVERSO DO FECHADO.

1. Embora o paciente tenha sido condenado à pena privativa de liberdade inferior a 8 (oito) anos, é reincidente específico, valendo frisar, outrossim, que as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal não lhe foram consideradas favoráveis, motivo pelo qual é inviável a fixação de regime diverso do fechado para o resgate da sanção corporal. Precedentes.

[...] (HC 297.450/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 21/10/2014, DJe 29/10/2014).

[...]. 5. O regime prisional inicial fechado é obrigatório ao réu reincidente e que teve as circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis, quando condenado a pena maior que quatro anos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão. Inteligência dos arts. 59 e 33, § 2º, do Código Penal.

6. *Ordem de habeas corpus não conhecida* (HC n. 282.403/DF, Relator Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 11/3/2014, DJe 26/3/2014).

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

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0162971-0

HC 298.410 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00067465220088260114 24308 2432008 67465220088260114

EM MESA

JULGADO: 22/09/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: ANDRÉ LUIZ DA SILVA DA CUNHA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: DAIANE REGINA DE SOUZA
CORRÉU	: ARNALDO BARBOSA SIQUEIRA

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 Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.