



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 340.934 - SP (2015/0284819-7)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : ANDRE LIMA DE ANDRADE
ADVOGADO : ANDRE LIMA DE ANDRADE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEONARDO MAGELA XAVIER (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE LIMINAR. IMPEDIMENTO DA SÚMULA N. 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. TRÁFICO DE DROGAS. PENA FIXADA EM 1 ANO E 8 MESES DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE DO REGIME INICIAL ABERTO. FLAGRANTE ILEGALIDADE CONFIGURADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

Nos termos do enunciado n. 691 da Súmula do STF não se admite o processamento de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Desembargador Relator que indeferiu a liminar em *mandamus* impetrado perante o Tribunal *a quo*, sob pena de se incorrer em indevida supressão de instância. Tal óbice, contudo, pode ser ultrapassado em hipóteses excepcionais de flagrante ilegalidade ou abuso de poder.

O Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, seja na sua redação original (HC n. 82.959/SP), seja na redação da Lei n. 11.464/2007 (HC n. 111.840/ES), que determinava a obrigatoriedade do regime fechado para os condenados por crime hediondos e os a ele equiparados, devendo a fixação do regime prisional observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c art. 59 do Código Penal.

Evidenciado que a pena base foi fixada no mínimo legal e em definitivo em 1 ano e 8 meses de reclusão, sendo o paciente primário, com bons antecedentes, e favoráveis as circunstâncias judiciais, resta configurada flagrante ilegalidade na imposição do regime prisional inicialmente fechado para o cumprimento da pena.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de março de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO ERICSON MARANHO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 340.934 - SP (2015/0284819-7)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

IMPETRANTE : ANDRE LIMA DE ANDRADE

ADVOGADO : ANDRE LIMA DE ANDRADE

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : LEONARDO MAGELA XAVIER (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LEONARDO MAGELA XAVIER contra decisão de desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que indeferiu pedido liminar no *writ* originário.

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, c/c § 4º, da Lei n. 11.343/06, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão em regime inicial fechado.

Irresignada, a defesa impetrou a ordem originária, cuja liminar foi indeferida pelo relator em decisão juntada às fls. 10/11.

No presente *mandamus*, o impetrante afirma a existência de constrangimento ilegal patente capaz de justificar a superação do Enunciado n. 691 da Súmula do STF.

Sustenta que a fixação do regime inicial fechado viola o disposto na Súmula n. 719 do Supremo Tribunal Federal, uma vez que fundado apenas na gravidade abstrata do delito e em dispositivo julgado inconstitucional. Ressalta, ainda, as circunstâncias pessoais favoráveis do paciente, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal.

Requer, em liminar e no mérito, a fixação do regime inicial aberto.

Deferida a liminar para que o paciente aguardasse o julgamento do mérito do presente *writ* em regime aberto (fls. 42/44) e apresentadas as informações solicitadas (fls. 49/50), o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, para fixar ao paciente o regime inicial semiaberto (fls. 54/58).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 340.934 - SP (2015/0284819-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Inicialmente, verifico que o presente *habeas corpus* foi impetrado contra decisão do Desembargador Relator que indeferiu a liminar em *mandamus* impetrado perante o Tribunal *a quo*, sendo certo que, nos termos do enunciado n. 691 da Súmula do STF não se admite o processamento da impetração nesse contexto, sob pena de se incorrer em indevida supressão de instância.

Todavia, a jurisprudência desta Corte Superior tem admitido que o referido óbice seja ultrapassado em hipóteses excepcionais de flagrante ilegalidade ou abuso de poder.

Passo, portanto, à verificação da ocorrência de eventual ilegalidade.

Busca-se, na presente impetração, o estabelecimento do regime prisional aberto ao paciente.

Consta dos autos que o paciente restou condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/06, tendo a dosimetria da pena sido assim fundamentada (fls. 15/16):

Passo ao cálculo da pena. Atentando aos critérios norteadores da fixação das penas previstos no artigo 59, do Código Penal, observo que o réu é primário e sem antecedentes (FA a fls. 29/30), razão pela qual fixo a pena-base em seu mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. A atenuante da menoridade deixa de incidir sobre a pena, já lixada no mínimo legal, inviável rebaixamento a quem deste patamar. Outrossim, aplico o redutor de pena previsto no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, na expressão máxima de dois terços, ausentes nos autos provas que maculem os requisitos legais para tanto, a saber, agente primário, de bons antecedentes, e que não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. Obtenho, então, o resultado de 01 (hum) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, o que torno definitivo à míngua de outras circunstâncias que interfiram na dosagem. Com o advento da Lei nº 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação aos parágrafos do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade para os crimes hediondos e equiparados (dentre os quais o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tráfico de entorpecentes) será o inicial fechado. Inexiste hipótese de acolhimento do pedido defensivo de concessão de regime aberto, haja vista a previsão legal específica para regime fechado, bem como a gravidade da conduta, que no mais das vezes atinge a sociedade no que ela tem de melhor e que necessita de maior proteção, seus jovens e suas crianças, que são aliciados por traficantes, ávidos pelos ganhos fáceis, e enveredam pelo caminho das drogas, de difícil retorno, como se sabe. Acresça-se que o próprio réu admitiu que esteve internado por roubo, há pouco tempo, enquanto adolescente. Nesse contexto, o único regime compatível com a nocividade da conduta e a personalidade do réu é o fechado.

Quanto ao tema, cumpre ressaltar que o Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, seja na sua redação original (HC n. 82.959/SP), seja na redação da Lei n. 11.464/2007 (HC n. 111.840/ES), que determinava a obrigatoriedade do regime fechado para os condenados por crime hediondo e os a ele equiparados, devendo a fixação do regime prisional observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c art. 59 do Código Penal.

No caso dos autos, o regime inicial fechado foi indevidamente imposto com base na vedação legal, bem como na gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas, o que vai contra a jurisprudência desta Corte, conforme se depreende dos seguintes julgados:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. MATÉRIA NÃO ANALISADA NA CORTE ESTADUAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DO ART. 37 DA LEI N. 11.343/2006. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DO REQUISITO SUBJETIVO (ART. 44, III, DO CP). ANÁLISE DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTUM DA PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME ABERTO. APLICAÇÃO.

(...)

5. Apesar de, na espécie, a pena cominada ter sido inferior a 4 anos e as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, uma vez que a pena-base foi fixada no mínimo, entendeu o Tribunal ser incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ante a ausência do requisito subjetivo exigido pelo art. 44, III, do Código Penal. Chegar a solução diferente implicaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório.

6. O entendimento pacífico da Sexta deste Tribunal é de que cabe a fixação de regime inicial diverso do fechado para o delito de tráfico ilícito de drogas, que é crime hediondo. Assim, não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

há como não aplicá-lo aos condenados pelo crime de associação para o tráfico, o qual, por ausência de previsão legal, nem hediondo é. Além do mais, no caso dos autos, a pena aplicada é inferior a 4 anos, e as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo. Não pode ser imposto o regime mais gravoso sem qualquer fundamentação.

7. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício, tão somente para fixar o regime inicial aberto ao paciente.

(HC 253.712/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/04/2014, DJe 14/04/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

(...)

3. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

4. In casu, foi fixado o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

5. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que o Tribunal a quo não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

6. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

(HC n. 230.307/ES, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 17/02/2014)

HABEAS CORPUS. ART. 35 DA LEI N.º 11.343/06. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. INAPLICABILIDADE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. INCIDÊNCIA DAS REGRAS DO CÓDIGO PENAL. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO.

1. Paciente condenada como incurso no art. 35 da Lei n.º 11.343/06, à pena de 03 anos de reclusão, em regime fechado, porque seria a pessoa responsável por promover a comunicação entre traficante preso, com o qual tinha relacionamento amoroso, e seus asseclas, distribuindo tarefas para a compra e a comercialização de drogas.

2. O crime de associação para o tráfico de drogas não se encontra elencado no rol dos crimes hediondos ou equiparados, não se lhe aplicando o disposto na Lei n.º 8.072/90, modificada pela Lei n.º 11.343/06. E, de todo modo, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por esses crimes.

3. Fixada a pena-base da Paciente no mínimo legal, dada a ausência de circunstâncias judiciais favoráveis, não é possível infligir-lhe regime prisional mais gravoso. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Aplicação do enunciado n.º 440 da Súmula desta Corte.

4. Inexiste, outrossim, qualquer empecilho à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, bastando que a condenada atenda os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

5. Ordem de *habeas corpus* concedida para, mantida a condenação, fixar o regime inicial aberto, determinando ao Juízo das Execuções Penais que proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Prejudicado o pedido de reconsideração da decisão que indeferiu a liminar.

(HC 243.903/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 01/02/2013)

Na hipótese, evidenciado que a pena-base foi fixada no mínimo legal e em definitivo em 1 ano e 8 meses de reclusão, sendo o paciente primário, com bons antecedentes, e favoráveis as circunstâncias judiciais, resta configurada flagrante ilegalidade na imposição do regime prisional inicialmente fechado para o cumprimento da pena.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício, para fixar ao apenado o regime inicial aberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, c/c art. 59, ambos do Código Penal.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0284819-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 340.934 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00055465220158260635 14302015 22172215620158260000 5546522015
55465220158260635

EM MESA

JULGADO: 17/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANDRE LIMA DE ANDRADE
ADVOGADO : ANDRE LIMA DE ANDRADE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEONARDO MAGELA XAVIER (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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.