

HABEAS CORPUS 133.700 SÃO PAULO

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA
PACTE.(S) : 
IMPTE.(S) : WILLEY LOPES SUCASAS E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 351.820 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. MANIFESTA ILEGALIDADE A AFASTAR ESSA VEDAÇÃO. INDEFERIMENTO DE MEDIDA LIMINAR NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: SÚMULA N. 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO NA ESPÉCIE. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS E DE FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO FECHADO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA: PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

Relatório

1. *Habeas corpus*, com requerimento de medida liminar, impetrado por Willey Lopes Sucasas e outros, advogados, em benefício de 
 contra decisão do Ministro Jorge Mussi, do Superior Tribunal de Justiça, que, em 15.3.2016, indeferiu a medida liminar no *Habeas Corpus* n. 351.820.

HC 133700 / SP

O caso

2. O Paciente e [REDACTED] foram denunciados pela prática do delito do art. 12, *caput*, c/c o art. 18, inc. III, da Lei n. 6.368/1976, *“porque no dia 18 de março de 2004, por volta das 10:15 horas, na Avenida Albert Volet Sachs, n. 599, bloco A-2, apartamento 22, nesta cidade e comarca, guardavam em associação, para fins de comercialização ou entrega de qualquer forma a consumo de terceiros, inclusive menores de vinte e um anos de idade, duas porções de maconha, na forma tablete, com peso líquido de 30,6 e 21,5 gramas, cem porções de ‘haxixe’, na forma de ‘bolinhas’, com peso líquido de 51,1 gramas e uma ‘trouxa’ de plástico incolor contendo em seu interior ‘maconha’, com peso de 14,2 gramas, totalizando 117,40 gramas (cento e dezessete gramas e quarenta decigramas) de ‘Cannabis Sativa L’”*.

3. Em 22.7.2008, o Juízo da Segunda Vara Criminal da Comarca de Piracicaba/SP condenou o Paciente à pena de dois anos e seis meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, e 41 dias-multa. Foi aplicada a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e concedido o direito de recorrer em liberdade.

4. O Ministério Público de São Paulo e a defesa do Paciente interuseram recurso de Apelação n. 990.09.110387-0 e, em 15.4.2010, a Sexta Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao recurso defensivo e deu provimento ao recurso da acusação para afastar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e aumentar a pena imposta de dois anos e seis meses de reclusão e 41 dias-multa para três anos de reclusão e cinquenta dias-multa, mantido o regime inicial fechado e afastada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Esta a ementa desse julgado:

“Tráfico de entorpecentes – Materialidade e autoria comprovadas – Apreensão, na residência dos réus, de quantidade considerável de maconha e haxixe, além de uma faca com resquícios de droga, que, ante a existência de denúncia anônima, bem como diante

HC 133700 / SP

do fracionamento da droga, em porções, destinava-se ao fornecimento a consumo de terceiros – Constatação pericial da materialidade – Prova testemunhal suficiente – Condenação mantida, não havendo que se falar em desclassificação para o delito previsto no art. 28, da Lei 11.343/06.

Lei n. 11.343/06 – Redução prevista no art. 33, § 4º, que só se aplica aos réus incurso no caput, onde as penas vão de 5 a 15 anos. Para aplicar-se a redução, seria de rigor que se impusesse aos réus a pena prevista naquele artigo e não aquela contida no preceito secundário do art. 12, da Lei 6.368/76, que vai de 3 a 15 anos. Aplicar-se uma parte do artigo e seus parágrafos e não aplicar outra, equivale a criar-se norma que o Legislador não criou.

Recurso ministerial provido, desprovidos os defensivos”.

5. Contra esse acórdão, a defesa interpôs recurso especial, cuja decisão de inadmissão transitou em julgado em 6.6.2011.

6. Em 14.3.2016, a defesa impetrou o *Habeas Corpus* n. 351.820 contra o acórdão da Sexta Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça, que deu provimento ao recurso da acusação para aumentar a pena do Paciente para três anos de reclusão e cinquenta dias-multa, mantido o regime inicial fechado. Em 15.3.2016, o Relator dessa impetração, Ministro Jorge Mussi, do Superior Tribunal de Justiça, indeferiu a medida liminar:

“Trata-se de habeas corpus com pedido de liminar impetrado em favor de [REDACTED] contra acórdão proferido pela 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, no julgamento da Apelação n. 990.09.110387-0, negou provimento ao pleito defensivo e proveu o ministerial para redimensionar a reprimenda para 03 (três) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 12, caput, da Lei n. 6.368/76.

Sustentam os impetrantes a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que, tendo em vista a favorabilidade das circunstâncias judiciais e a fixação da pena em patamar inferior a 04

HC 133700 / SP

(quatro) anos, não poderia a Corte estadual ter mantido o modo prisional fechado, mormente porque o ilícito teria sido praticado em 18.03.2004, antes da vigência da Lei n. 11.464/07.

Defendem que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos teria sido negada com base em fundamentação inidônea, porquanto lastreada na gravidade abstrata do crime.

Requerem, sumariamente, a concessão da ordem constitucional para que o paciente seja transferido para o regime aberto e substituída a pena privativa por restritiva, com expedição de alvará de soltura, até o julgamento final do writ. No mérito, pugnam pela confirmação da liminar.

É o relatório.

A princípio, insurgindo-se a impetração contra acórdão do Tribunal de origem proferido em sede de apelação, mostra-se incabível o manejo do habeas corpus originário, já que formulado em flagrante desrespeito ao sistema recursal vigente no âmbito do Direito Processual Penal pátrio.

Contudo, no momento processual devido, o constrangimento apontado na inicial será analisado a fim de que se verifique a possibilidade de atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça caso se constate a existência de flagrante ilegalidade, o que, ao menos em um juízo perfunctório, não se verifica.

Ademais, a motivação que dá suporte ao pedido liminar confunde-se com o próprio mérito do writ, devendo o caso concreto ser analisado mais detalhadamente quando da apreciação e do seu julgamento definitivo.

Ante o exposto, indefere-se a liminar.

Solicitem-se informações ao Tribunal impetrado e ao Juízo de primeiro grau.

Após, dê-se vista ao Ministério Público Federal”.

7. Essa decisão é o objeto do presente *habeas corpus*, protocolizado em 23.3.2016, no qual os Impetrantes requerem a superação da Súmula n. 691 deste Supremo Tribunal e alegam ausência de fundamentação judicial adequada para a fixação do regime inicial fechado e a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

HC 133700 / SP

Ressaltam ser o Paciente primário e de bons antecedentes e ser ilegal a fixação do regime inicial fechado, *“eis que favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, além do que a reprimenda aplicada é inferior a 4 (quatro) anos”*, pelo que deveria ser fixado do regime inicial aberto.

Este o teor dos pedidos:

“a) em primeiro lugar, se digne o eminente Ministro Relator conceder um provimento liminar para que, na esteira de outras medidas concedidas em casos análogos, o paciente possa desde logo aguardar no regime aberto e seja substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, e via de consequência expedindo-se o competente alvará de soltura, até o julgamento definitivo do presente habeas corpus;

b) por ocasião do julgamento de mérito, seja concedida a ordem de habeas corpus em favor de [REDACTED] a fim de que possa mantê-lo no regime aberto e seja aplicada a substituição da pena corporal por restritivas de direitos e, por consequência, seja expedido o competente alvará de soltura;

c) por derradeiro, caso Vossas Excelências não entendam da forma acima esposada, considerando a manifesta ilegalidade a que está submetido o paciente, requer-se a concessão de habeas corpus de ofício, tudo em exercício da mais lúdima e esperada justiça”.

Examinada a matéria posta à apreciação, **DECIDO**.

8. Razão jurídica assiste aos Impetrantes.

9. O acórdão proferido no julgamento da Apelação n. 990.09.110387-0 pela Sexta Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, pelo qual confirmado o regime inicial fechado e não substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, transitou em julgado antes da impetração do *Habeas Corpus* n. 351.820, cuja decisão de indeferimento de medida liminar é o objeto da presente impetração.

HC 133700 / SP

Este Supremo Tribunal assentou que o “*habeas corpus não pode ser utilizado (...) como sucedâneo de revisão criminal, a menos que haja manifesta ilegalidade ou abuso no ato praticado pelo tribunal superior*” (HC n. 86.367, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe 23.10.2008), o que se tem na espécie.

10. Ao condenar o Paciente à pena de dois anos e seis meses de reclusão e 41 dias-multa, o Juízo da Segunda Vara Criminal da Comarca de Piracicaba/SP não examinou a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e, ao fixar o regime inicial fechado, restringiu-se a assentar: “*Fixo o regime prisional fechado para o início do cumprimento da pena*”.

11. A Sexta Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso de apelação da acusação para aumentar a pena do Paciente para três anos de reclusão e cinquenta dias-multa, manteve o regime inicial fechado e afastou a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, com os seguintes fundamentos:

“O regime prisional fechado é o único cabível para o delito em questão, sendo certo que, tendo o legislador tratado o traficante de entorpecente de maneira tão rigorosa, equiparando o crime a hediondo, pouco ou nada será preciso dizer para concluir-se pela impossibilidade de substituição da pena corporal por pena alternativa. Quem teria de cumprir pena carcerária em regime integral fechado não pode almejar a substituição. Admitir-se o contrário, seria verdadeiro contra-senso”.

12. Ao apreciar o *Habeas Corpus* n. 111.840, Relator o Ministro Dias Toffoli, este Supremo Tribunal, em 27.6.2012, julgou inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, alterado pela Lei n. 11.464/2007, que fixava a imposição do regime fechado para o início do cumprimento da pena pela prática de crimes hediondos e equiparados (DJe 17.12.2013).

A decisão questionada diverge desse entendimento.

HC 133700 / SP

13. Quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 97.256, Relator o Ministro Ayres Britto, em 1º.9.2010, este Supremo Tribunal assentou serem inconstitucionais os arts. 33, § 4º, e 44, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, na parte em que vedada a substituição da pena em condenação pelo crime de tráfico de entorpecentes:

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. 2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. 3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas

HC 133700 / SP

sequelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. 4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes. 5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga ‘vedada a conversão em penas restritivas de direitos’, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente” (DJe 16.12.2010).

14. A decisão questionada neste Supremo Tribunal é monocrática, de natureza precária e desprovida de conteúdo definitivo, pela qual o Ministro Jorge Mussi, do Superior Tribunal de Justiça, indeferiu a medida liminar requerida, julgando ausentes as condições para o acolhimento do pedido, requisitou informações e determinou o encaminhamento do processo ao Ministério Público Federal, para, instruído o feito, dar-se o regular prosseguimento do *habeas corpus* até o julgamento, na forma pleiteada.

HC 133700 / SP

Não obstante o disposto na súmula n. 691, este Supremo Tribunal tem admitido, em casos excepcionais e em circunstâncias fora do ordinário, o temperamento em sua aplicação. Essa excepcionalidade é demonstrada em casos nos quais se patenteie flagrante ilegalidade ou contrariedade a princípios constitucionais ou legais na decisão questionada, o que se tem na espécie vertente.

16. Pelo exposto, com fundamento no decidido pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal, não conheço deste *habeas corpus*, mas, de ofício, concedo a ordem apenas para determinar ao Juízo da Segunda Vara Criminal da Comarca de Piracicaba/SP que reexamine os requisitos quanto à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e para a fixação do regime prisional, afastadas as vedações dos arts. 33, § 4º, e 44, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 e do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 e nos termos do que se tenha no processo, decidindo fundamentadamente.

Comunique-se ao Superior Tribunal de Justiça, ao Tribunal de Justiça de São Paulo e ao Juízo da Segunda Vara Criminal da Comarca de Piracicaba/SP para ciência dessa decisão.

Publique-se.

Brasília, 27 de junho de 2016.

Ministra **CÁRMEN LÚCIA**
Relatora