



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 337.233 - SP (2015/0243148-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MAILANE RAMOS DOS SANTOS RODRIGUES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SERGIO APARECIDO PEREIRA JUNIOR (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. A quantidade e a natureza da droga apreendida podem interferir na escolha do regime mais gravoso de cumprimento de pena. Precedentes.
3. O *quantum* da condenação (1 ano e 8 meses), a primariedade, a análise favorável das circunstâncias judiciais e a pequena quantidade da droga apreendida, 32,84g de maconha e 1,98g cocaína, permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime intermediário, conforme art. 33, § 2º, alínea *b*, do CP, c/c art. 42 da Lei n. 11.343/2006.
4. Esta Corte tem admitido que a impossibilidade da substituição da pena privativa de liberdade seja fundamentada com base na variedade, quantidade e natureza de droga apreendida. No caso, considerada a natureza e variedade da droga apreendida (maconha e cocaína), a denotar contornos de maior gravidade ao tráfico ilícito de drogas, não se mostra socialmente recomendada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.
5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.

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 concedeu *habeas corpus* de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Gurgel de Faria e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2015(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 337.233 - SP (2015/0243148-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MAILANE RAMOS DOS SANTOS RODRIGUES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SERGIO APARECIDO PEREIRA JUNIOR (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **SÉRGIO APARECIDO PEREIRA JÚNIOR**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, no regime inicial fechado, e 168 (cento e sessenta oito) dias multa, por infração ao art. 33, *caput*, c/c § 4º, da Lei n. 11.343/2006, visto que mantinha em depósito, guardava e trazia consigo, para fins de entrega a consumo de terceiros, 7 (sete) trouxinhas contendo "maconha", pesando 32,84g e 6 (seis) cápsulas contendo cocaína, pesando 1,98g, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (e-STJ fls. 45-50).

A Defesa interpôs *habeas corpus* no Tribunal de origem, contudo, o *mandamus* não foi conhecido (e-STJ, fls. 12-14).

Neste *writ*, alega a impetrante, em síntese, constrangimento ilegal pois foi fixado regime inicial mais gravoso, sem fundamentação idônea (e-STJ, fls. 1-11)

Requer a concessão da ordem para que seja fixado o regime aberto, e substituída a pena corporal por restritiva de direitos (e-STJ, fl. 11).

A liminar foi indeferida (e-STJ, fls. 28-30).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 43-79), manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do presente *habeas corpus* (e-STJ, fls. 84-85).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 337.233 - SP (2015/0243148-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MAILANE RAMOS DOS SANTOS RODRIGUES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SERGIO APARECIDO PEREIRA JUNIOR (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. A quantidade e a natureza da droga apreendida podem interferir na escolha do regime mais gravoso de cumprimento de pena. Precedentes.
3. O *quantum* da condenação (1 ano e 8 meses), a primariedade, a análise favorável das circunstâncias judiciais e a pequena quantidade da droga apreendida, 32,84g de maconha e 1,98g cocaína, permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime intermediário, conforme art. 33, § 2º, alínea *b*, do CP, c/c art. 42 da Lei n. 11.343/2006.
4. Esta Corte tem admitido que a impossibilidade da substituição da pena privativa de liberdade seja fundamentada com base na variedade, quantidade e natureza de droga apreendida. No caso, considerada a natureza e variedade da droga apreendida (maconha e cocaína), a denotar contornos de maior gravidade ao tráfico ilícito de drogas, não se mostra socialmente recomendada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.
5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Da sentença, extrai-se os seguintes excertos que fundamentam o regime inicial de cumprimento de pena (e-STJ, fls. 49-50):

"Deixo de aplicar pena alternativa ou suspensão condicional da pena, em razão da proibição do § 4º, do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Nos termos da Lei nº 8.072/90, cumprirá a pena privativa de liberdade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inicialmente no regime **FECHADO**.

(...)

Recomende-se o réu na prisão em que se encontra."

(grifos no original.)

Com efeito, verifica-se que o regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao entendimento dos Tribunais Superiores.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 e do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 nos julgamentos do HC 69.657/SP e do HC 97.256/RS, respectivamente, de modo a não mais permitir a obrigatoriedade do regime inicial fechado e a vedação à conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Nesse contexto, estabelecida a pena definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e considerada a pequena quantidade de entorpecente apreendido, 32,84g de maconha e 1,98g de cocaína, o regime intermediário é o adequado à prevenção e reparação do delito.

A propósito, cito:

"INDEFERIMENTO LIMINAR DE HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. FALTA DE CABIMENTO DA IMPETRAÇÃO. INEVIDÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ALTERAÇÃO DE REGIME. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. DIVERSIDADE, QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL ESTADUAL AMPARADO PELA JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

(...)

2. No crime de tráfico de drogas, o fato de as circunstâncias judiciais serem favoráveis ao réu e de a pena privativa de liberdade aplicada ser inferior igual ou inferior a 4 (quatro) anos não lhe assegura, por si só, o direito de cumpri-la em regime aberto.

Dependendo da variedade, da natureza (potencial lesivo à saúde) e/ou da quantidade das drogas com ele apreendidas, poderá ser imposto regime mais gravoso (Lei n. 11.343/2006, art. 42; STJ, AgRg no AREsp 202.564/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/02/2015; AgRg no REsp 1.462.967/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/02/2015) e, ainda, obstada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (AgRg na Rcl 21.663/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 26/11/2014) - HC n. 326.584/SP, Ministro Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SP), Quinta Turma, DJe 30/9/2015.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 338.241/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 25/11/2015.)

Por fim, no que tange à alegação de que seria cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, dado que o condenado preencheria os requisitos legais exigidos, não existe manifesta ilegalidade a ser sanada.

Esta Corte tem admitido que a impossibilidade da substituição da pena privativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade seja fundamentada com base na quantidade e natureza de droga apreendida. Sobre o tema, o seguinte julgado:

"PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA.

1. Em se tratando de réu primário e fixada a pena-base no mínimo legal, é inadmissível a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que o previsto pela pena imposta com espeque tão-só na gravidade abstrata do delito.

2. A natureza, variedade (cocaína e maconha) ou quantidade da droga (77 kg de maconha) apreendida são fundamentos suficientes para negar a benesse relativa à substituição da pena privativa de liberdade por sanções alternativas, conforme o disposto no inciso III do art. 44 do Código Penal.

3. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para que o juízo da execução proceda à fixação do regime inicial de cumprimento da pena do paciente com expressa observância das regras do art. 33 do CP."

(HC 323.655/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 29/10/2015.)

Destaque-se, no caso, a natureza e variedade da droga apreendida (maconha e cocaína), a denotar contornos de maior gravidade ao tráfico ilícito de drogas. Assim, não se mostra socialmente recomendada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Diante do exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*. No entanto, **concedo** a ordem, de ofício, a fim de estabelecer o regime inicial semiaberto ao paciente.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0243148-8

HC 337.233 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00000589820158260544 20150000676015 21847490220158260000 589820158260544

EM MESA

JULGADO: 15/12/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO JOSÉ GISI**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MAILANE RAMOS DOS SANTOS RODRIGUES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SERGIO APARECIDO PEREIRA JUNIOR (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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Gurgel de Faria e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.