



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.242 - SP (2015/0253636-0)

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 : JULIANO SIMAO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. PREVISÕES LEGAIS DECLARADAS INCONSTITUCIONAIS PELO STF. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM 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 a justificar a concessão da ordem de ofício.

2. O Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 e do art. 44 da Lei n. 11.343/06 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 ao delito de tráfico de drogas.

3. No caso, estabelecida a pena definitiva em 2 (dois) anos de reclusão, verificada a primariedade do agente e considerada a pequena quantidade de entorpecente apreendido (17 porções de maconha), o regime aberto é o adequado à prevenção e reparação do delito. Do mesmo modo, havendo o paciente preenchido os requisitos do art. 44 do Código Penal, deve a pena corporal ser substituída por penas restritivas de direitos.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime aberto, bem como para substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo competente.

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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Gurgel de Faria e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de dezembro de 2015(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.242 - SP (2015/0253636-0)

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 : JULIANO SIMAO DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **JULIANO SIMÃO DA SILVA**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.434/2006 à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 200 (duzentos) dias-multa, visto que tinha em seu poder 17 porções individuais de substância entorpecente, conhecida por maconha (e-STJ, fls. 24-25).

O Tribunal de origem não conheceu do *habeas corpus* (e-STJ, fls. 12-17).

A Defensoria Pública impetra o presente *writ*, no qual alega a ocorrência de constrangimento ilegal na manutenção do regime inicial fechado ao paciente, ante a ausência de fundamentação idônea.

Sustenta serem aplicáveis ao caso os enunciados 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, bem como a Súmula 440 desta Corte.

Afirma, ainda, que o Juiz sentenciante deixou de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, com base no art. 44 da Lei n. 11.343/2006, c/c 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, o que foi julgado inconstitucional pela Suprema Corte.

Ao final, requer a concessão da ordem para que seja fixado o regime inicial aberto para o cumprimento da reprimenda e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, com expedição de alvará de soltura do paciente.

A liminar foi deferida para assegurar ao paciente o direito de aguardar o julgamento do mérito deste *habeas corpus* no regime aberto, se por outro motivo não estiver preso (e-STJ, fls. 35-37).

As informações foram prestadas (e-STJ, fls. 51-54 e 55-75) e manifestou-se o Ministério Público Federal pela concessão da ordem (e-STJ, fls. 81-88).

É o Relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.242 - SP (2015/0253636-0)

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 : JULIANO SIMAO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. PREVISÕES LEGAIS DECLARADAS INCONSTITUCIONAIS PELO STF. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM 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 a justificar a concessão da ordem de ofício.

2. O Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 e do art. 44 da Lei n. 11.343/06 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 ao delito de tráfico de drogas.

3. No caso, estabelecida a pena definitiva em 2 (dois) anos de reclusão, verificada a primariedade do agente e considerada a pequena quantidade de entorpecente apreendido (17 porções de maconha), o regime aberto é o adequado à prevenção e reparação do delito. Do mesmo modo, havendo o paciente preenchido os requisitos do art. 44 do Código Penal, deve a pena corporal ser substituída por penas restritivas de direitos.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime aberto, bem como para substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo competente.

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.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.434/2006 à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 200 (duzentos) dias-multa, visto que tinha em seu poder 17 porções individuais de substância entorpecente, conhecida por maconha, nos seguintes termos (e-STJ, fls. 20-23):

"I. Fixação das penas (1ª fase)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fixo as penas-base em seu grau mínimo - cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa, considerando as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, embora o acusado possua antecedentes criminais (conforme apenso).

Circunstâncias atenuantes ou agravantes genéricas (2ª fase)

Não há como se reconhecer quaisquer circunstâncias atenuantes genéricas (ainda que existentes), na medida em que, se as penas-base foram fixadas no mínimo legal (tal como aqui ocorreu), não se pode cogitar dessas atenuantes, pois as sanções não poderão ser inferiores ao patamar mínimo.

Causas especiais de diminuição e de aumento de penas (3ª fase).

Reduzo as penas de 3/5 (três quintos), reconhecida a causa especial de diminuição prevista no artigo 33, parágrafo 4º da Lei n. 11.343/2006.

Nesse particular, observo que foi operada a redução próximo de seu grau máximo, tendo em vista a quantidade de entorpecentes envolvidos.

Torno-as definitivas (observado o sistema trifásico previsto no artigo 68 do Código Penal) em 2 (dois) anos de reclusão e 200 (duzentos) dias-multa, à falta de outras causas modificadoras das penas.

(...)

A substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos

Deixo de substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, uma vez que não foram preenchidas as condições legais exigidas à espécie (objetivas e subjetivas).

Observo, nesse particular, que a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito se mostra inadequada às circunstâncias do crime (equiparado a crime hediondo), equivale à sua total impunidade (não é sequer satisfatória à reprovação de sua conduta ao alcançar sua finalidade retributiva) e não atende à melhor política criminal.

Regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade (tráfico de Entorpecentes e Crimes Hediondos - regime inicial fechado).

O acusado iniciará o cumprimento da pena segregativa imposta em regime fechado.

Por não preenchidos os requisitos dos artigos 44 e 77 do Código Penal, não faz ele jus à suspensão condicional das penas ou de sua substituição por outras restritivas de direitos.

Para a fixação do regime inicial para o cumprimento da pena segregativa de liberdade (regime fechado), considerei as circunstâncias do crime (equiparado a crime hediondo), o que perturba a comunidade e demonstra sua total incapacidade de ressocialização ou de reinserção no meio social (com a imposição de regime mais severo)."

Na hipótese, verifica-se que foi fixado o regime inicial fechado e vedada a substituição da pena com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao atual entendimento dos Tribunais Superiores.

Com efeito, 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 no crime de tráfico de drogas.

Nesse contexto, estabelecida a pena definitiva em 2 (dois) anos de reclusão, verificada a primariedade do agente e considerada a pequena quantidade de entorpecente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreendido – 17 porções de maconha –, o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito.

Do mesmo modo, havendo o paciente preenchido os requisitos do art. 44 do Código Penal, deve a pena corporal ser substituída por penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo competente.

A propósito, o seguinte julgado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA FIXAR O REGIME ABERTO E PERMITIR A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

3. No que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir tal possibilidade, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012.

4. Hipótese em que a sentença referiu-se à natureza hedionda do tráfico de drogas e à sua gravidade abstrata para fixar o regime inicial fechado e negar a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

5. No caso, considerando a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão e a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, deve ser fixado, nos termos do art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal, o regime inicial aberto para cumprimento da pena.

6. Do mesmo modo, havendo o paciente preenchido os requisitos do art. 44 do Código Penal, deve a pena corporal ser substituída por penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais, ainda mais porque o Tribunal de origem, no julgamento do apelo defensivo, não trouxe fundamentação idônea para a negativa do benefício.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Execuções Criminais."

(HC 327.985/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 19/10/2015.)

Diante do exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para ratificar a liminar anteriormente deferida, a fim de fixar o regime aberto, bem como para substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo competente.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0253636-0

HC 338.242 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00052365420158260309 20150000715499 21724067120158260000 52365420158260309

EM MESA

JULGADO: 17/12/2015

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	: JULIANO SIMAO DA SILVA (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.