



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 324.148 - SP (2015/0115914-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : ADRIANA TESTI TIRELLI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SIDMAR BORGES DA SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990. FUNDAMENTO INVÁLIDO. DISPOSITIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. NATUREZA DA DROGA. INSUFICIÊNCIA DA BENESSE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. 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. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/6/2012).
3. Estabelecida a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão e sendo desfavorável uma das circunstâncias do art. 59 do CP, que justificou o aumento da pena-base (natureza da droga – cocaína), o regime semiaberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "b", § 3º, do Código Penal.
4. Valorada negativamente as circunstâncias do delito, em razão da quantidade e da natureza droga apreendida com o paciente (69 porções com 132,0 g de maconha e 96 invólucros com 120,65 g de cocaína), à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos é incabível pelo não atendimento de um dos requisitos legais (art. 44, III, do CP).
5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar, fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 23 de fevereiro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 324.148 - SP (2015/0115914-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : ADRIANA TESTI TIRELLI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SIDMAR BORGES DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **SIDMAR BORGES DA SILVA**, 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, em regime inicial fechado, e 166 (cento e sessenta seis) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porque trazia consigo, para fins de tráfico, 96 (noventa e seis) invólucros de cocaína (com peso de 120,65 g) e 69 (sessenta e nove) invólucros de maconha (com peso de 132 g), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A defesa interpôs apelação, contudo, o recurso foi improvido.

Nesta Corte, a impetrante alega manifesto constrangimento ilegal, sob o argumento de que: a) "a doutrina especializada, adotada pela jurisprudência dos Tribunais, argumenta que o tráfico privilegiado não pode ser considerado crime hediondo, razão pela qual as determinações legais previstas na Lei 8.072/90 (especificamente quando determina o regime fechado como inicial) não lhe são aplicáveis"; e b) "no julgamento do HC 102678, realizado em 09 de março de 2010, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos no chamado tráfico privilegiado, afastando o óbice previsto no artigo 44 da Lei 11343/2006".

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja fixado o regime aberto e seja substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

A liminar foi deferida para que o paciente aguardasse o julgamento do mérito deste *habeas corpus* no regime semiaberto (e-STJ, fls. 38-41).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 61-73), manifestou-se o Ministério Público Federal pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 79-82).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 324.148 - SP (2015/0115914-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : ADRIANA TESTI TIRELLI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SIDMAR BORGES DA SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990. FUNDAMENTO INVÁLIDO. DISPOSITIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. NATUREZA DA DROGA. INSUFICIÊNCIA DA BENESSE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. 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. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/6/2012).

3. Estabelecida a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão e sendo desfavorável uma das circunstâncias do art. 59 do CP, que justificou o aumento da pena-base (natureza da droga – cocaína), o regime semiaberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "b", § 3º, do Código Penal.

4. Valorada negativamente as circunstâncias do delito, em razão da quantidade e da natureza droga apreendida com o paciente (69 porções com 132,0 g de maconha e 96 invólucros com 120,65 g de cocaína), à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos é incabível pelo não atendimento de um dos requisitos legais (art. 44, III, do CP).

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar, fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva.

VOTO

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

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse contexto, passo ao exame das supostas ilegalidades apontadas pela defesa. Conforme relatado, o paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a pena definitiva de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, vedada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. O juiz sentenciante procedeu a individualização da pena, nos seguintes termos:

"Na primeira fase, verifico que o acusado é primário e não ostenta maus antecedentes. Todavia, **considerando a natureza da substância apreendida (cocaína), que causa efeitos nefastos à saúde, aumento a pena em um sexto, fixando-a em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão** e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. Na segunda fase, incide a circunstância atenuante da confissão, motivo pelo qual, reduzo a pena em seu mínimo legal, em 5 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias- multa. Na terceira fase, em razão da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, e considerando a ausência de qualquer elemento que indique, que acusado integre ou interaja com grupos ou associações criminosas, sendo ainda primário e de bons antecedentes, diminui-se a pena até então estipulada em 2/3, gerando 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa. Não há causas de aumento. O regime de cumprimento de pena será o inicial fechado, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990. [...] Inviável a substituição por restritiva de direitos tendo em vista que a própria lei veda tal possibilidade (art. 44, *caput*, da Lei n. 11.343/2006)." (e-STJ, fls. 20-21 – destaque nosso).

Instada a se manifestar quanto ao regime inicial de cumprimento de pena e a possibilidade da permuta legal ao paciente, a Corte de origem assim consignou:

"[...]"

Com relação às penas aplicadas ao Apelante deve ser observado que tendo sido as básicas corretamente aplicadas acima do mínimo legal (1/6) em razão da natureza da droga (cocaína) que causa efeitos nefastos à saúde, foi o Apelante beneficiado com o reconhecimento da confissão espontânea, na segunda fase de aplicação, com redução das penas ao mínimo legal, uma vez que ela (confissão) foi parcial (admitiu portar apenas 20 porções de cocaína), mas nada pode ser feito a esta altura diante da passividade do Representante do *Parquet*.

A pretensão subsidiária do Apelante de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, não comporta acolhimento, mesmo diante do quanto reconhecido pelo Colendo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no HC nº 98.769/SP e, Resolução nº 5, de 15.02.2012, do Senado Federal, que suspendeu a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", contida no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, declarada inconstitucional pelo Guardião Maior da Carta Constitucional.

É que, no caso, a substituição fará com que a pena privativa de liberdade aplicada perca consideravelmente a sua força retributiva e preventiva diante do gravíssimo crime de tráfico de drogas, mesmo que na sua forma privilegiada, ante a quantidade e a natureza das drogas (69 porções com 132,0 g de maconha e 96 invólucros com 120,65 g de cocaína), que, se não se apresentam como fator impeditivo da incidência do redutor, ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

menos devem agir para impedir a substituição.

O abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena não prospera, pois o regime fechado decorre de disposição expressa da Lei (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90), que deve ser respeitada, evitando-se, mesmo que de forma indireta, a declaração de sua negativa de vigência, fator impeditivo do acolhimento dessa pretensão; valendo lembrar que, o redutor aplicado não tem o condão de afastar a hediondez, por equiparação. As circunstâncias do crime acima enumeradas também não autorizam regime mais brando." (e-STJ, fls. 32-33).

Inicialmente, convém destacar que a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com a preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

No caso em apreço, verifica-se **flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício**, pois a imposição do regime fechado está apoiada em mera fundamentação *ope legis*, decorrente de norma já declarada inconstitucional, o que não é admissível segundo reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça (Nesse sentido: AgRg no REsp 1.434.726/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015; AgRg no REsp 1.523.103/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 3/8/2015).

Entretanto, considerando o *quantum* da condenação definitiva (1 ano e 8 meses de reclusão) e a valoração negativa das circunstâncias do delito, que justificou o aumento da pena-base (a natureza da droga apreendida – cocaína), o regime prisional **semiaberto** é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL ABERTO DE CUMPRIMENTO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. DESFAVORABILIDADE DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS, NATUREZA E DIVERSIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Embora a acusada haja sido definitivamente condenada a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, a desfavorabilidade de três circunstâncias judiciais, a natureza e a diversidade das drogas apreendidas (uma porção de maconha, pesando 26,31 gramas, e uma porção de crack, com peso de 24,80 gramas) efetivamente justificam a fixação do regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. Agravo regimental não provido."

(AgRg no AREsp 785.585/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO. SÚMULA N. 83 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

- A presença de circunstância judicial desfavorável justifica a imposição do regime prisional semiaberto, a despeito de a pena aplicada ser inferior a quatro anos."

(AgRg no AREsp 755.696/MG, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 04/12/2015.)

No que tange ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não identifica-se o alegado constrangimento sustentado pela impetrante.

Vale lembrar que a Suprema Corte, na análise do HC 97.256/RS, também reconheceu a inconstitucionalidade das expressões contidas no art. 44 e § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, "*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*" e "*vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*", que foram inclusive suprimidas do texto legal por meio da edição da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal.

Desse modo, não há qualquer óbice à concessão da permuta legal aos sentenciados pelo delito de tráfico de drogas desde que preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal.

Na hipótese, sopesado como desfavorável um das circunstâncias do art. 59 do CP (natureza da droga), de fato, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra suficiente, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP).

Sobre o tema, os seguintes julgados:

"- Considerando a existência de circunstância judicial desfavorável, não há falar em flagrante ilegalidade quanto à inaplicabilidade do art. 44, III, do CP, estando justificada a negativa da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos." (HC 335.103/PE, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 04/02/2016)

"1. A presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente a quantidade da droga apreendida (acima de 19 kg de maconha), é fundamento idôneo 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. Precedentes." (AgRg no REsp 1385704/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 05/02/2016.)

Ante o exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para confirmando a liminar, fixar o regime inicial semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0115914-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 324.148 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 001134702 00113470220148260564 11347022014 113470220148260564 2014000838
8382014

EM MESA

JULGADO: 23/02/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

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
ADVOGADA	: ADRIANA TESTI TIRELLI
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: SIDMAR BORGES 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.