



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 347.068 - SP (2016/0007985-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELLE MITIE KITA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL ALISON DA GUIA FRANCA SOUSA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. SÚMULA 444/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. 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. Nos termos da Súmula 440 desta Corte, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". Aplicação, também, dos verbetes n. 718 e 719 do STF.
3. No caso, estabelecida a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, sendo primário o agente e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas.
4. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.
5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva e para substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Tribunal de origem.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 347.068 - SP (2016/0007985-8)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELLE MITIE KITA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL ALISON DA GUIA FRANCA SOUSA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **RAFAEL ALISON DA GUIA FRANCA SOUSA**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei n. 11.343/2006, visto que portava 56 porções de maconha (49,68 g) e 15 pedras de *crack* (3,59 g) sem autorização e em desacordo com determinação legal.

A Defesa interpôs apelação, que foi parcialmente provida, a fim de reduzir a pena para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão mais 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, mantido o regime fechado.

Nesta Corte, a impetrante alega constrangimento ilegal, pois o regime mais severo foi fixado com base na natureza hedionda do delito de tráfico de drogas. Sustenta que, favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime aberto é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva. Aduz, por fim, que o paciente tem direito a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito porque preenchidos os requisitos do art. 44 do CP.

Requer, assim, a concessão da ordem.

A liminar foi deferida para que o paciente aguardasse o julgamento do mérito deste *habeas corpus* no regime aberto (e-STJ, fls. 28-31).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 50-107 e 110-121), manifestou-se o Ministério Público Federal pela concessão parcial da ordem (e-STJ, fls. 127-130).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 347.068 - SP (2016/0007985-8)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELLE MITIE KITA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL ALISON DA GUIA FRANCA SOUSA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. SÚMULA 444/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. 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. Nos termos da Súmula 440 desta Corte, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". Aplicação, também, dos verbetes n. 718 e 719 do STF.
3. No caso, estabelecida a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, sendo primário o agente e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas.
4. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.
5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva e para substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Tribunal de origem.

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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

No caso, observa-se flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

Conforme relatado, o paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, § 4º,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da Lei n. 11.343/2006, à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, porque trazia consigo 56 porções de maconha (49,68 g) e 15 pedras de *crack* (3,59 g), sem autorização e em desacordo com determinação legal.

O Tribunal de origem manteve o regime prisional mais severo e negou a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, em decisão assim motivada:

"O regime inicial fechado é o adequado e suficiente ao caráter preventivo e repressivo da reprimenda, não se olvidando que a traficância é mola propulsora da criminalidade que assola o país, uma vez que o usuário, na ânsia de sustentar seu vício, pratica toda sorte de delitos, abalando consequentemente toda a sociedade.

No que respeita ao pleito de substituição da corporal por alternativa, é certo que a decisão do colendo Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 97.256/RS, consolidada pela Resolução n. 5 do Senado Federal, reconheceu ser possível sua aplicação para os delitos previstos na Lei de Drogas; todavia, não afastou do julgador natural o poder de efetuar tal conversão levando em conta as circunstâncias concretas de cada caso, o que nem se cogita no presente, haja vista a quantidade e a qualidade do tóxico apreendido." (e-STJ, fl. 20.)

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 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.

Como se observa, *in casu*, a imposição do regime mais severo está apoiada, unicamente, na gravidade abstrata do delito, o que constitui fundamento inidôneo, segundo reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Sobre o tema, inclusive, a Súmula 440/STJ dispõe: "Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito."

No Supremo Tribunal Federal, a orientação firmada é no mesmo sentido: "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada" (Súmula 718) e "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea" (Súmula 719).

Portanto, sendo **manifesto o constrangimento suportado pelo paciente** na definição do modo mais severo de cumprimento da pena, é de rigor a concessão da ordem, de ofício, para sanar a ilegalidade verificada.

Estabelecida a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, sendo primário o agente e favoráveis as circunstâncias judiciais, o **regime aberto** é o adequado à prevenção e à reparação do delito, sobretudo quando considerada a pequena quantidade de entorpecente apreendido 56 porções de maconha (49,68 g) e 15 porções de *crack* (3,59 g), nos termos do art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

33 do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas.

Nesse sentido:

"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." (HC 339.471/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 25/11/2015.)

"3. Considerando a quantidade de pena imposta (1 ano, 11 meses e 10 dias), a primariedade do condenado e o fato de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, deve ser fixado o regime inicial aberto, a teor do contido no art. 33, § 2º, alínea "c", e § 3º, do Código Penal.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena, bem como substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais." (HC 320.015/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 15/09/2015.)

No que tange ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, também identifico 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, atendidos os critérios objetivos (art. 44, I, do CP – pena não superior a 4 anos), não reincidente o réu em crime doloso (art. 44, II, do CP), e considerada a suficiência da medida, tanto que favorável a análise das circunstâncias do art. 59 do CP (art. 44, III, do CP), o deferimento da benesse ao paciente é de rigor.

Confira-se os seguintes julgados:

"2. 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.

3. No caso, estabelecida a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e considerada a pequena quantidade de entorpecente apreendido (7,7 gramas de cocaína, 2,65 gramas de crack e 2,5 gramas 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."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 327.984/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 23/11/2015.)

"3. O *quantum* da condenação (1 ano e 8 meses), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea c, do CP, além da substituição por medidas restritivas de direitos.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, fixar o regime inicial aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

(HC 342.061/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2015, DJe 16/12/2015.)

Ante o exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para fixar o regime inicial aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva e para substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser definida pelo Tribunal de origem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0007985-8

HC 347.068 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00001269820158260495 1269820158260495 20150000829157

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
ADVOGADO	: DANIELLE MITIE KITA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: RAFAEL ALISON DA GUIA FRANCA SOUSA

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.