



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 331.185 - SP (2015/0180910-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : ELIANA PIRES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO HENRIQUE PIRES (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. 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. 8.072/1990 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 (7,82 gramas de "cocaína", dividida em 16 porções e 16,08 grama de "maconha", divididas em 12 porções), 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 restabelecer a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Pirajuí/SP.

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 e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gurgel de Faria.

Brasília (DF), 1º de dezembro de 2015(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 331.185 - SP (2015/0180910-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : ELIANA PIRES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO HENRIQUE PIRES (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **PAULO HENRIQUE PIRES**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (e-STJ, fls. 14-22):

"APELAÇÃO TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS AGENTES FLAGRADOS COM QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES, APÓS DENÚNCIAS DE TRÁFICO NO LOCAL - ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS - Impossibilidade: Flagrados com uma significativa quantidade e variedade de drogas, individualmente embaladas para o comércio impossível cogitar-se a absolvição por insuficiência de provas ou desclassificação.

TRAFICO - REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DE PENAS - Impossibilidade: Tratando-se de crime equiparado a hediondo, não se mostra possível nem suficiente a fixação do regime aberto ou a substituição da pena corporal por restritivas de direitos. Recursos defensivos não providos. Provido o Ministerial."

Consta dos autos que o paciente foi condenado pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Pirajuí à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 166 (cento e sessenta seis) dias-multa, por infração ao art. 33, *caput*, c/c § 4º da Lei n. 11.343/2006, sendo a pena corporal substituída por prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, visto que teria consigo 7,82 gramas de "cocaína", dividida em 16 porções e 16,08 grama de "maconha", divididas em 12 porções (e-STJ, fls. 45-50).

A defesa e o Ministério Público interpuseram apelação. O Tribunal de origem negou provimento ao recurso defensivo e deu provimento ao recurso do Ministério Público para reformar a sentença e alterar o regime inicial de cumprimento de pena para o fechado.

Inconformada, a impetrante manejou o *writ* em análise, no qual alega constrangimento ilegal, já que o acórdão fundamentou o regime inicial de pena apenas quanto à hediondez do crime, afirmando ser impossível a fixação do regime aberto ou a substituição da pena corporal por restritivas de direitos (e-STJ, fls. 1-11).

Requer a concessão da ordem para que seja fixado regime inicial de pena menos gravoso (e-STJ, fl. 11).

A liminar foi indeferida (e-STJ, fls. 34-35).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 43-61), manifestou-se o Ministério Público Federal pela concessão de ordem (e-STJ, fls. 66-68).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 331.185 - SP (2015/0180910-4)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : ELIANA PIRES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO HENRIQUE PIRES (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. 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. 8.072/1990 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 (7,82 gramas de "cocaína", dividida em 16 porções e 16,08 grama de "maconha", divididas em 12 porções), 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 restabelecer a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Pirajuí/SP.

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 por tráfico a uma 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.

O Tribunal de origem fixou o regime fechado para o cumprimento da reprimenda e a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos pelos seguintes fundamentos (e-STJ, fls. 57-59):

"Tem razão, contudo, o Ministério Público, no que tange ao regime e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante da gravidade da conduta que, segundo a Constituição Federal, deve ter um tratamento mais severo por causa de seu caráter hediondo, o regime prisional deve ser modificado para o fechado, já que modalidade mais branda não se mostraria suficiente para a reprovação da conduta ou para impedir sua repetição.

É, ainda, inadequada a substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos, pois além da incompatibilidade entre o regime fechado, previsto na lei, o caráter hediondo da conduta e as graves conseqüências dela decorrentes, indicam a insuficiência da substituição.

Embora o art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 tenha sido aplicado ao presente caso para redução das reprimendas, o fato de ter sido riscada a proibição da substituição, não é suficiente para entender-se cabível, também, o abrandamento do regime ou a substituição da pena corporal.

Na vigência da antiga lei de drogas o pequeno e o grande traficante, o iniciante e o experiente, eram todos apenados com o mesmo rigor e, assim, visando corrigir esta desigualdade, embora a Lei 11.343/06 tenha recrudescido as penas, inseriu no art. 33, § 4º, a possibilidade de melhor mensuração da resposta jurisdicional, desde que cumpridos alguns requisitos.

A razão da lei, claramente, foi permitir diferenciar um pequeno e eventual traficante, daquele que exerce o comércio ilícito em grande escala, prejudicando um número maior de vítimas, mas não permitir, como, aliás, não permitido o ordenamento anterior, que os traficantes permanecessem no seio da comunidade, mesmo depois de condenados.

Tecidas tais considerações, percebe-se a inadequação do regime aberto e a substituição da pena corporal, quer pela necessidade de início do cumprimento da reprimenda em regime fechado, quer pela inadequação da medida como resposta jurisdicional, apta à reprovação do crime e prevenção de novas condutas delitivas.

Tratando-se de crime equiparado aos hediondos, que tão sérias conseqüências trazem à sociedade como um todo, o delito de tráfico merece tratamento diferenciado e, segundo expressa previsão legal, deve ter a pena cumprida inicialmente em regime fechado, sendo insuficiente, ainda, a substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos."

No caso em apreço, o regime mais gravoso (fechado) e o indeferimento da substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos têm como base, exclusivamente, a hediondez do delito.

Ocorre que, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 no julgamento do HC 69.657/SP, de modo a não mais permitir a obrigatoriedade do regime inicial fechado.

A propósito:

"PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE NO WRIT. REGIME PRISIONAL FECHADO. FIXAÇÃO PELA HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

7. A Suprema Corte, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

8. A fixação do regime prisional mais gravoso com base no preceito reputado inconstitucional (sentença) e na gravidade em abstrato do delito (acórdão) denota, in casu, a necessidade de se avaliar, à luz de elementos concretos constantes dos autos e observadas as balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento da reprimenda imposta ao paciente, afastada a obrigatoriedade de adoção do regime inicial fechado.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, ex officio, para determinar que o Juízo da execução avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento da reprimenda imposta ao paciente, afastada a obrigatoriedade de fixação do regime inicial fechado."

(HC 270.031/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 03/09/2015, DJe 18/09/2015.)

Outrossim, 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". Não há, desse modo, qualquer óbice à concessão da permuta legal aos sentenciados pelo delito de tráfico de drogas.

Nesse contexto, estabelecida a pena definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, comprovada a primariedade do agente e considerada a pequena quantidade de entorpecente apreendido (7,82 gramas de "cocaína", dividida em 16 porções e 16,08 grama de "maconha", divididas em 12 porções - e-STJ, fls. 47 e 55), 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.

Nesse sentido, 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 a 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 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 restabelecer a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Pirajuí/SP.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0180910-4

HC 331.185 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0123890220128260453 123890220128260453 20140000501682

EM MESA

JULGADO: 01/12/2015

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 : ELIANA PIRES

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : PAULO HENRIQUE PIRES (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 e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gurgel de Faria.