



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 340.965 - SP (2015/0285954-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : ANTONIO SERGIO DE OLIVEIRA SANTANA
ADVOGADO : ANTONIO SERGIO DE OLIVEIRA SANTANA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDEN DOUGLAS ELEUTERIO DE ALMEIDA (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.

3. Condenado o paciente à pena definitiva de 2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, e sendo desfavorável uma das circunstâncias do art. 59 do CP, que justificou o aumento da pena-base acima do mínimo legal (expressiva quantidade da droga – 171 g de *crack*), 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, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos é incabível pelo não atendimento a um dos requisitos legais (art. 44, III, do CP).

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de 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 Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de março de 2016(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 340.965 - SP (2015/0285954-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : ANTONIO SERGIO DE OLIVEIRA SANTANA
ADVOGADO : ANTONIO SERGIO DE OLIVEIRA SANTANA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDEN DOUGLAS ELEUTERIO DE ALMEIDA (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **ÉDEN DOUGLAS ELEUTÉRIO DE ALMEIDA**, 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, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 222 (duzentos e vinte e dois) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, visto que guardava, para fins de mercancia, 171 gramas de *crack*, sem autorização e em desacordo com determinação legal.

A defesa interpôs apelação, contudo o recurso foi improvido.

Inconformado, o impetrante manejou o *writ* em análise, no qual alega que, sendo primário o paciente, de bons antecedentes e reconhecido o fato de que ele não se dedica à atividade criminosa, deve ser convertida a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Aduz que o regime mais severo foi estabelecido com base na mera gravidade abstrata do delito, em confronto com o entendimento da Súmula 718 do STF. Ressalta, por fim, que o paciente, inclusive, já tem proposta de emprego.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e, subsidiariamente, estabelecido o regime aberto.

A liminar foi indeferida (e-STJ, fl. 45).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 53-62), manifestou-se o Ministério Público Federal pela concessão de ordem para se fixar o regime aberto (e-STJ, fls. 66-71).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 340.965 - SP (2015/0285954-7)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : ANTONIO SERGIO DE OLIVEIRA SANTANA
ADVOGADO : ANTONIO SERGIO DE OLIVEIRA SANTANA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDEN DOUGLAS ELEUTERIO DE ALMEIDA (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.

3. Condenado o paciente à pena definitiva de 2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, e sendo desfavorável uma das circunstâncias do art. 59 do CP, que justificou o aumento da pena-base acima do mínimo legal (expressiva quantidade da droga – 171 g de *crack*), 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, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos é incabível pelo não atendimento a um dos requisitos legais (art. 44, III, do CP).

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de 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 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.

Nesse contexto, passo ao exame das supostas ilegalidades apontadas pela defesa. 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 2 (dois) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 222 (duzentos e vinte e dois) dias-multa, porque trazia consigo 171 gramas de *crack*, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

A individualização da pena foi realizada pelo Juiz sentenciante e mantida pelo Tribunal *a quo*, sob a seguinte motivação:

Sentença

"Passo, então, a dosimetria da pena.

O preceito secundário do artigo 33 da lei prevê pena em abstrato entre 5 a 15 anos e pagamento de 500 a 1500 dias-multa.

Nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/06 que dispõe que o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social, a pena base deverá ser fixada acima do mínimo legal.

Justifica-se pela **grande quantidade de crack, a pena portanto, será fixada 1/3 acima do mínimo legal**, em 6 anos e 8 meses de reclusão e 666 dias-multa

Há que ser aplicada a causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º da lei nº. 11.343/06. Não há nos autos elementos concretos para se afirmar que ao réu se dedicava a atividade criminosa ou integrava organização criminosa.

A diminuição deverá ocorrer no máximo legal, diante da ausência, na lei, de critério objetivo ou mesmo subjetivo para quantificá-lo. Resultara, assim em 2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão e 222 dias-multa.

Verifica-se, portanto, fixação de pena em patamar inferior a quatro anos o que, em tese, preenchido os demais requisitos legais, ensejaria a substituição da pena por restritiva de direito.

No entanto, expressa vedação no artigo 44 da Lei 11.343/06. O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, no julgamento do HC 97256 decidiu pela inconstitucionalidade da proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Posição que passo a adotar.

Passo, portanto, a análise dos requisitos legais.

É certo que o réu é primário. Ocorre, no entanto, que foi presa com grande quantidade de drogas. **O crack e comercializado em pequenas pedras, pesando muitas vezes menos de um grama. Assim, falta-lhe condição subjetiva para fazer jus a substituição da pena por restritiva de direito.** Como retribuição à sua culpabilidade a pena há de ser privativa de liberdade, não sendo suficiente a aplicação de pena restritiva (art. 44, III do CP)." (e-STJ, fl. 36, grifou-se.)

Acórdão

"As penas até mereceriam readequação, mas, ausente recurso da Acusação, nada, a esta altura, pode ser alterado.

Presentes os requisitos do § 4º da Lei nº 11.343/06, de bom alvitre houvesse sido mitigada a reprimenda em patamar mais acanhado, não se podendo perder de vista a expressiva quantidade da droga apreendida e seu potencial de disseminação.

Por derradeiro, a fixação do regime inicial fechado, em vista de tratar-se de delito assemelhado aos hediondos, certo seu potencial desagregador e suas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consequências nefastas, por demais conhecidos, representando verdadeiro flagelo para a sociedade, mostrou-se adequada, decorrendo de expressa previsão legal para a espécie sem vício de qualquer ordem, nem mesmo constitucional; certo que a recente decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendendo pela inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 2º, da lei nº 8.072/09, proferida incidentalmente, em sede de *Habeas Corpus*, gera efeitos apenas entre as partes do processo, não tendo efeito vinculante." (e-STJ, fls. 58-59.)

Embargos de Declaração em Apelação

"O V. Acórdão embargado, após detida análise das provas, expressamente manteve a condenação pelo delito de tráfico ilícito de drogas, a ser cumprida no mais gravoso dos regimes.

Outrossim, justificou o afastamento das benesses da lei especial, com esteio mais nas circunstâncias em que perpetrado o delito do que propriamente na ausência de comprovação de ocupação lícita, de qualquer modo não se mostrando excludentes as atividades, regular e ilícita.

Ademais, expressiva a quantidade de droga apreendida, suficiente para a confecção de algumas centenas de pedras de 'crack', sendo pouco crível que exercendo o ofício de ajudante em dada empresa houvesse condições financeiras para que o réu adquirisse tal quantidade de drogas.

Nada há que ser suprido, dotada de clareza e objetividade a decisão, inconteste a perpetração do tráfico ilícito de drogas e justificado o afastamento de eventuais benesses da lei especial, não se prestando o presente recurso a rediscussão da matéria, já enfrentada ao ensejo da análise do apelo.

Rejeitam-se, pois, os embargos." (e-STJ, fls. 61-62.)

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.

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.

Na hipótese, verifica-se que a imposição do regime inicial 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 (2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão), bem como a valoração negativa das circunstâncias do delito, que justificou o aumento da pena-base acima do mínimo legal (a quantidade de droga apreendida), 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.

A propósito:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"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.)

"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 MARANHO, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 04/12/2015.)

Quanto ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não se identifica o alegado constrangimento ilegal suportado pelo paciente.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 97.256/RS, 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". Por meio da edição da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal, a referida norma legal, inclusive, teve sua execução suspensa.

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.

In casu, sopesada como desfavorável uma 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), como exposto no acórdão impugnado.

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 MARANHO,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva.
É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0285954-7

HC 340.965 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00032628520108260590 0003628520108260590 20130000690727 32628520108260590
3628520108260590

EM MESA

JULGADO: 01/03/2016

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 : ANTONIO SERGIO DE OLIVEIRA SANTANA
ADVOGADO : ANTONIO SERGIO DE OLIVEIRA SANTANA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDEN DOUGLAS ELEUTERIO DE ALMEIDA (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 Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.