



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 327.382 - SP (2015/0142908-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DIEGO FERNANDO LIMA CARRILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO FERNANDO LIMA CARRILHO (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. 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. 8.072/1990 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 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e considerada a pequena quantidade de entorpecente apreendido (7,82g, sete gramas e oitenta e dois centigramas de cocaína, e 16,08g, dezesseis gramas e oito centigramas 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, confirmando a liminar deferida, fixar o regime aberto e restabelecer a substituição da pena privativa de liberdade firmada pelo Juízo de primeira instância, consistente em prestação de serviço à comunidade pelo mesmo período da sanção substituída.

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de abril de 2016(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 327.382 - SP (2015/0142908-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : **DIEGO FERNANDO LIMA CARRILHO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **DIEGO FERNANDO LIMA CARRILHO (PRESO)**

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **DIEGO FERNANDO LIMA CARRILHO**, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida no regime aberto, e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, em razão da prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tendo a pena privativa de liberdade sido substituída por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade.

Interpostas apelações pelas partes, o Tribunal de origem negou provimento ao reclamo defensivo e acolheu a irresignação ministerial para fixar o regime fechado e afastar a substituição da pena estabelecida em primeira instância.

Nesta Corte Superior, o impetrante alega manifesto constrangimento ilegal, sob o fundamento de que o Tribunal local agiu em descompasso com a jurisprudência do STF e STJ, visto que não é obrigatório se iniciar o cumprimento de pena por crimes hediondos em regime fechado, sendo desproporcional tal medida.

De igual modo, aduz não haver mais vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito para aqueles que cometerem o crime de tráfico de drogas, mormente na hipótese dos autos, em que estão presentes todos requisitos necessários para a incidência do referido benefício.

Requer, assim, a concessão da ordem, a fim de que seja restabelecido o regime aberto para o resgate da sanção corporal do paciente, bem como substituída sua pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

A liminar foi deferida para permitir que o paciente aguarde o julgamento do mérito do *mandamus* em regime aberto (e-STJ, fls. 26-29).

Prestadas informações (e-STJ, fls. 44-65), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*, mas, caso conhecido, pelo seu parcial deferimento (e-STJ, fls. 179-182).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 327.382 - SP (2015/0142908-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DIEGO FERNANDO LIMA CARRILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO FERNANDO LIMA CARRILHO (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. 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. 8.072/1990 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 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e considerada a pequena quantidade de entorpecente apreendido (7,82g, sete gramas e oitenta e dois centigramas de cocaína, e 16,08g, dezesseis gramas e oito centigramas 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, confirmando a liminar deferida, fixar o regime aberto e restabelecer a substituição da pena privativa de liberdade firmada pelo Juízo de primeira instância, consistente em prestação de serviço à comunidade pelo mesmo período da sanção substituída.

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*, c/c § 4º, 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 7,82g (sete gramas e oitenta e dois centigramas) de cocaína, divididas em 16 (dezesseis) porções individuais e 16,08 (dezesseis gramas e oito centigramas) de maconha, sem autorização e em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desacordo com determinação legal e regulamentar.

Ao prover o recurso do Ministério Público para alterar o regime prisional e afastar a substituição concedida em primeira instância, o Tribunal de origem utilizou-se dos seguintes fundamentos:

"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.

E, 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 consequências dela decorrentes, indicam a insuficiência da substituição." " (e-STJ, fls. 16-17.)

Da leitura do excerto destacado, observa-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.

Nesse contexto, estabelecida a pena definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e considerada a pequena quantidade de entorpecente apreendido (7,82g, sete gramas e oitenta e dois centigramas de cocaína, e 16,08g, dezesseis gramas e oito centigramas de maconha), o regime aberto é o adequado à prevenção e reparação do delito.

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.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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** deste *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para, confirmando a liminar deferida, fixar o regime aberto e restabelecer a substituição da pena privativa de liberdade fixada pelo Juízo de primeira instância.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0142908-7

HC 327.382 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00123890220128260453 123890220128260453 20140000501682 30692012

EM MESA

JULGADO: 07/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DIEGO FERNANDO LIMA CARRILHO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: DIEGO FERNANDO LIMA CARRILHO (PRESO)
CORRÉU	: PAULO HENRIQUE PIRES

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.