



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 322.891 - SP (2015/0103153-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : WESLEY SANCHES PINHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIS GABRIEL CAMPOS DA CUNHA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990. FUNDAMENTO INVÁLIDO. DISPOSITIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. RECURSO EM LIBERDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 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. 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, 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. O pedido de apelo em liberdade não foi objeto de exame pela Corte de origem, o que impede seu conhecimento por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância.
6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva e 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 Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região),



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.
Brasília (DF), 08 de março de 2016(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 322.891 - SP (2015/0103153-9)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : WESLEY SANCHES PINHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PARTE : LUIS GABRIEL CAMPOS DA CUNHA (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **LUIS GABRIEL CAMPOS DA CUNHA**, 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 ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porque mantinha em depósito 0,5g de maconha, 2,3g de haxixe, 5,6g de cocaína e 34,6g de *crack*, sem autorização e em desacordo com determinação legal.

Impetrado *habeas corpus* pela defesa, o Tribunal de origem denegou a ordem.

Nesta Corte, alega o impetrante manifesto constrangimento ilegal, pois "o fato de o réu ter permanecido preso durante o curso da ação penal não é fundamento idôneo para a negativa do direito de apelar em liberdade". Sustenta que o regime mais severo foi fixado com base na natureza hedionda do delito de tráfico de drogas, em confronto com o entendimento firmado nas Súmulas 718 e 719 do STF. 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 para que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da condenação ou seja fixado o regime aberto.

A liminar foi deferida para que o paciente aguardasse o julgamento do mérito deste *habeas corpus* no regime semiaberto (e-STJ, fls. 53-57).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 70-71 e 79-99), o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto (e-STJ, fls. 73-76).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 322.891 - SP (2015/0103153-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : WESLEY SANCHES PINHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PARTE : LUIS GABRIEL CAMPOS DA CUNHA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990. FUNDAMENTO INVÁLIDO. DISPOSITIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. RECURSO EM LIBERDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 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. 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, 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. O pedido de apelo em liberdade não foi objeto de exame pela Corte de origem, o que impede seu conhecimento por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva e 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

O Juiz de primeiro grau procedeu à individualização da pena, nos seguintes termos:

"O réu é primário, conta com a atenuante da idade (menor de vinte e um anos) e não há prova de que ele se dedique a atividades criminosas e nem que integre organização criminosa, razão pela qual faz jus ao benefício do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

Procedente a denúncia, passo a dosar sua pena.

Consideradas as diretrizes traçadas pelo artigo 59, "caput", do Código Penal, já levando em consideração a atenuante mencionada, fixo-lhe a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, tendo em vista o preceito sancionador do artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06, reduzindo-a de 2/3 (dois terços), nos termos do parágrafo 4º da norma tipificadora, perfazendo, na ausência de outras modificadoras, a pena definitiva de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

[...]

Neste passo, de se ressaltar que não pode ser aceita a tese suscitada pelo nobre Defensor Público pelo Juízo, de inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei n. 8.072/90, a quem não é dado legislar, mas sim aplicar a Lei posta e sob a qual todos estão sujeitos.

Ressalto, ainda, que ao contrário do pretendido pelo zeloso Defensor Público, não há se falar em fixação do regime aberto para cumprimento da pena corporal, nem tampouco na substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, eis que a gravidade do crime recomenda a fixação de regime mais gravoso como resposta adequada à reprovação e prevenção da conduta praticada pelo réu, em conformidade com o que estabelece o artigo 33, parágrafo 3º, do Código Penal.

[...]

Assim, autor de crime equiparado a hediondo e de extrema gravidade, raiz de grande parte da criminalidade, o réu não poderá apelar em liberdade, visando em especial a garantia da ordem pública, devendo iniciar o cumprimento da pena corporal no REGIME FECHADO, único adequado." (e-STJ, fls. 37-39.)

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:

"V- Quanto ao regime prisional, some-se que vige em nosso ordenamento jurídico o artigo 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90 ("Art. 2º - Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto; II - fiança. § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado"). A aplicabilidade desse preceito legal foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal: [...]. Ainda que inexistisse lei expressa sobre o tema, o *habeas corpus* não poderia ter sucesso. Com efeito, as alíneas b e c do parágrafo segundo do artigo 33 do Código Penal não utilizam, como na anterior (a), o verbo dever. A opção pelo verbo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

poder tem o significado de caber ao magistrado a análise de cada caso específico para estabelecer o regime inicial de cumprimento da pena. Aliás, essa a interpretação consentânea com o parágrafo 3º do mesmo artigo, que remete o julgador aos critérios do artigo 59 do Código Penal para a decisão quanto ao regime de pena. Nessa linha já decidiram o Supremo Tribunal Federal (RTJ 136/145) e o Superior Tribunal de Justiça (Habeas Corpus nº 10.299-SP).

No caso sub examine, note-se, o juiz sentenciante não se afastou de critérios razoáveis, e pautou-se pelos limites legais. A hipótese não é de traficante inexpressivo, mas de pessoa que vende, inclusive para adolescente, entorpecentes variados, inclusive alguns de grande poder destrutiva, e em quantidade significativa (55 invólucros). Mais, com o ora paciente, segundo a sentença, foram encontradas balanças que permitem a conclusão dele dedicar-se ao tráfico, o que revela a insuficiência da substituição. Assim, não houve decisão contrária à lei, que pudesse caracterizar abuso de poder.

VI - No que concerne à substituição da pena privativa da liberdade, [...] sujeita-se ao disposto no artigo 44, incisos I, II e III do Código Penal (As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I — aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II - o réu não for reincidente em crime doloso; III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente). Sem o preenchimento dos requisitos estabelecidos no Código Penal a substituição não será possível. E no caso sub examine a considerável quantidade de drogas, sua variedade (0,5 gramas de maconha, 2,3 gramas de haxixe, 5,6 gramas de cocaína e 34,6 gramas de cocaína em forma de *crack* - sendo estas duas últimas de elevada capacidade destrutiva e rápido poder viciante, dentro da própria residência, o que revela a normalidade como a conduta ilícita era por ele encarada, e com envolvimento de adolescente na empreitada criminosa) e a circunstância de haver venda a adolescente, revelam a insuficiência da substituição pretendida." (e-STJ, fls. 47-49.)

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, o Juiz sentenciante fixou o regime inicial fechado com base na gravidade abstrata e na natureza hedionda do delito, o que segundo reiterada jurisprudência desta Corte não constitui fundamento válido para a definição do modo mais rigoroso de cumprimento de pena (HC 327.726/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2015, DJe 16/12/2015; HC 329.872/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHO,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 17/12/2015.)

O Tribunal *a quo*, por sua vez, agregou, indevidamente, fundamentos novos, não utilizados na sentença condenatória, para manter o regime prisional fechado.

Com efeito, 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 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.)

Ademais, releva salientar que, não tendo sido valoradas negativamente as circunstâncias do delito em qualquer fase da dosimetria, fica vedada a imposição de um regime mais severo, segundo o *quantum* da sanção aplicada, visto que a escolha do modo inicial de cumprimento da pena deve ser feita à luz do art. 59 do CP (RHC 128094, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 30/06/2015.)

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.

Confirmam-se os seguintes julgados:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"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."

(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.)

No que se refere ao pedido de recurso em liberdade, em razão da falta de motivação válida para a manutenção da prisão cautelar, a questão não foi objeto de exame no acórdão impugnado, o que impede esta Corte de conhecer a matéria, sob pena de indevida supressão de instância.

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0103153-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 322.891 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00160432120148260196 160432120148260196 20150000291140

EM MESA

JULGADO: 08/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : WESLEY SANCHES PINHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIS GABRIEL CAMPOS DA CUNHA (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.