



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.872 - SP (2015/0166489-7)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : CARLOS EDUARDO PERILO OLIVEIRA
ADVOGADO : CARLOS EDUARDO PERILO OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOHNE CHARLES RIBEIRO CORREA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO E VEDAÇÃO LEGAL. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

– O regime inicial fechado e a não substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos foram baseados na gravidade abstrata do delito e no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, fundamentos considerados inidôneos pela jurisprudência desta Corte.

– Tendo em vista o trânsito em julgado da condenação, cabe ao juízo da execução reavaliar os elementos concretos dos autos para fixar o regime prisional com base no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal e no art. 42 da Lei n. 11.343/06, bem como para verificar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juízo da Vara de Execuções Criminais, com base em dados concretos, decida acerca da possibilidade de fixar ao paciente regime inicial mais brando de cumprimento de pena, bem como avalie a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de dezembro de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO ERICSON MARANHÃO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.872 - SP (2015/0166489-7)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : CARLOS EDUARDO PERILO OLIVEIRA
ADVOGADO : CARLOS EDUARDO PERILO OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOHNE CHARLES RIBEIRO CORREA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de JOHNE CHARLES RIBEIRO CORREA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Ambas as partes apelaram, tendo o Tribunal dado parcial provimento ao recurso ministerial para alterar o patamar do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, elevando-se a pena do paciente para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão (Apelação n. 0003809-60.2011.8.26.0083).

Alega o impetrante, em suma, que o paciente sofre constrangimento ilegal decorrente do indeferimento do pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requer, assim, a concessão desse benefício.

Liminar indeferida (fls. 108/110).

Informações prestadas (fls. 114/130).

Parecer do Ministério Público Federal "*pelo não conhecimento do writ em razão da inadequação da via eleita e, caso seja conhecido, pela concessão de ofício, tão somente, para retomar ao tribunal local para que este possa rever e fundamentar a fixação do regime prisional, observando as circunstâncias judiciais*" (fls. 136/146).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.872 - SP (2015/0166489-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (Relator):

O presente *habeas corpus* não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio (HC n. 109956, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe 11/9/2012). Contudo, nada impede que, de ofício, constate-se a existência de manifesta ilegalidade que implique ofensa à liberdade de locomoção do paciente (HC n. 271.890/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 3/9/2014).

Passo, portanto, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante em 9/9/2011 por tráfico de drogas, pois mantinha em depósito 65 papелotes de cocaína, pesando 67,94 gramas. Em 16/9/2011, o magistrado concedeu-lhe liberdade provisória (fls. 100/104). A sentença deferiu-lhe o direito de recorrer em liberdade (fls. 49/57). O acórdão da apelação transitou em julgado (fl. 115).

Confira-se, a propósito, o seguinte trecho da sentença condenatória:

Passo à dosagem da pena, em conformidade com o disposto nos artigos 59 e 68 do Código Penal.

Em primeira fase, entendo inexistir circunstâncias judiciais que justifiquem a fixação da pena-base acima do mínimo legal, destacando-se nesse sentido a primariedade do agente.

Por essa razão, sua pena será de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na segunda fase, não incidem circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Em terceira fase, há que se reconhecer a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, com aplicação da fração de 2/3 sobre a pena, tornando-a definitiva em 01 ano e 8 meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa.

A pena privativa de liberdade deverá ser cumprida em regime inicialmente FECHADO ante a gravidade dos fatos, que alarmam a sociedade e financiam outros crimes, bem como por força do que dispõem as Leis n. 8.072/90 e 11.343/06. Nesse sentido:

[...]

Desde já consigno entender que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não tem cabimento, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

se tratando de crime de tráfico de drogas. A esse título, transcrevo a lição do eminente Desembargador Euvaldo Chaib: (fls. 53/57).

Por sua vez, asseverou o Tribunal de origem, no que diz respeito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos:

*Ao contrário do pretendido pela defesa, acompanho o entendimento de que descabe a fixação de regime diverso do fechado para início do cumprimento da pena ou **a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, diante da expressa e inequívoca gravidade abstrata do crime.***

Não se olvide da recente decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal, reconhecendo, em caráter incidental, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos, que estabelece o cumprimento da pena em regime inicialmente fechado, aos agentes condenados por crimes hediondos e equiparados (STF, 111.S40/ES, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, julgado de 27-06-12), todavia, a norma citada está em pleno vigor e o recente entendimento da Suprema Corte não impõe de forma obrigatória o acatamento do novo entendimento.

Registra-se ainda que o Excelso Supremo Tribunal Federal recentemente também reconheceu, de modo incidental, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em pena restritiva de direitos" constantes dos artigos 33, § 4º e 44 da Lei Antidrogas.

Esse reconhecimento de inconstitucionalidade, todavia, não implica substituição automática da pena de prisão por pena restritiva de direitos. Na decisão é ressaltada a possibilidade de o julgador analisar, em cada caso concreto, a viabilidade e admissibilidade dessa substituição.

Tal como veiculado de forma contínua nos diários de grande circulação no país, o tráfico de drogas vem se tornando assustadoramente contumaz no cotidiano das grandes, médias e até mesmo pequenas cidades, inclusive aquelas incrustadas nos mais distantes rincões danção.

Não há distinção entre ricos ou pobres, raça ou religião; o comércio ilegal avança de forma incontrolável, ora favorecido pela insuficiência policial, ora beneficiado pelo abrandamento do rigor penal.

Ocorre então a perfeita comunhão de interesses. De um lado, o responsável pelo tráfico, que se arrima em incautos jovens, inimputáveis pela tenra idade, ou de passado até então escorreito, para comercializar seu produto, e de outro o pequeno cidadão que, eventualmente detido pela prática espúria, poderá ser beneficiado com a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos.

***O número expressivo de pessoas que poderiam ser servidas com as drogas, bem demonstra a periculosidade latente do réu, recomendando o cumprimento da pena no regime inicial fechado, tratando-sedo único regime compatível com a conduta do acusado** (fls. 93/95).*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Observo que o regime fechado e a não substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos estão baseados na gravidade abstrata do delito e no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, fundamentos considerados inidôneos pela jurisprudência desta Corte. Dessa forma, tendo em vista o trânsito em julgado da condenação, cabe ao juízo da execução reavaliar os elementos concretos dos autos para fixar o regime prisional com base no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal e no art. 42 da Lei n. 11.343/06, bem como para verificar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal. Nesse sentido:

*PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. ARTIGO 212 DO CPP. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. AGRAVO IMPROVIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. **REGIME INICIAL FECHADO. VEDAÇÃO GENÉRICA E APRIORÍSTICA. ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/90. INCONSTITUCIONALIDADE. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.***

1. A jurisprudência desta Corte Superior posicionou-se no sentido de que eventual inobservância do art. 212 do CPP gera nulidade meramente relativa, sendo necessário, para seu reconhecimento, a comprovação do efetivo prejuízo.

2. Com a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, na redação dada pela Lei n. 11.464/2007, incidenter tantum, pelo Plenário do STF no julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Ministro Dias Toffoli), resta superada a análise da aplicabilidade ou não de seu regramento aos delitos praticados antes de sua vigência, porquanto afastada a previsão de obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, devendo ser observadas as regras do art. 33 do CP na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados.

*3. Agravo regimental improvido, mas **concedido habeas corpus, de ofício, para determinar que o Tribunal a quo, analisando o caso concreto, proceda à individualização do regime inicial de cumprimento da pena, à luz do art. 33 e parágrafos do Código Penal, e do art. 42 da Lei n. 11.343/06.***

(AgRg no AREsp 415.488/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 5/5/2015, DJe 14/5/2015).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO DESCARACTERIZA A HEDIONDEZ DO CRIME. FIXADO REGIME INICIAL FECHADO E NEGADA A



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUBSTITUIÇÃO DA PENA COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

[...]

4. In casu, a imposição do regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos basearam-se, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

5. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que as instâncias de origem não procederam à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal.

6. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastados a obrigatoriedade do regime inicial fechado e a fundamentação referente à gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

(HC 299.074/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 9/9/2014, DJe 24/9/2014).

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício para determinar que o Juízo da Vara de Execuções Criminais, com base em dados concretos, decida acerca da possibilidade de fixar ao paciente regime inicial mais brando de cumprimento de pena, bem como avalie a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0166489-7

HC 329.872 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00038096020118260083 20150000114818 38096020118260083 6782011

EM MESA

JULGADO: 03/12/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CARLOS EDUARDO PERILO OLIVEIRA
ADVOGADO : CARLOS EDUARDO PERILO OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOHNE CHARLES RIBEIRO CORREA (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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.