



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 366.747 - SP (2016/0212627-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : JEFERSON DOUGLAS PAULINO
ADVOGADO : JEFERSON DOUGLAS PAULINO - SP264935
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL SILVA DA COSTA (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. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. 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. 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, 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, notadamente quando surpreendido na posse de quantidade não expressiva de entorpecente.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de fixar o regime aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser definida pelo Juízo competente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Joel Ilan Paciornik.

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

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 366.747 - SP (2016/0212627-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : JEFERSON DOUGLAS PAULINO
ADVOGADO : JEFERSON DOUGLAS PAULINO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL SILVA DA COSTA (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **RAFAEL SILVA DA COSTA**, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, mais 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ, fls. 85/95).

Interposto recurso de apelação, foi desprovido (e-STJ, fls. 143/147).

Neste *habeas corpus*, sustenta o impetrante que: a) "a única razão ventilada para a fixação do regime fechado foi a argumentação de que o crime de tráfico de drogas (art. 33, da Lei de Drogas) é equiparado aos crimes hediondos" (e-STJ, fl. 8); b) "tendo sido consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, não há razão a justificar o estabelecimento do regime fechado" (e-STJ, fl. 9).

Pleiteia a concessão da liminar para aguardar em liberdade o julgamento deste *habeas corpus*.

Ao final, requer a concessão da ordem para que o paciente cumpra o restante da pena em regime aberto.

A liminar foi deferida (e-STJ, fls. 150/152).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem de ofício (e-STJ, fls. 161/165).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 366.747 - SP (2016/0212627-2)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : JEFERSON DOUGLAS PAULINO
ADVOGADO : JEFERSON DOUGLAS PAULINO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL SILVA DA COSTA (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. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. 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. 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, 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, notadamente quando surpreendido na posse de quantidade não expressiva de entorpecente.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de fixar o regime aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser definida pelo Juízo competente.

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.

Eis o teor da sentença condenatória mantida integralmente em sede de apelação:

"Na primeira fase da dosimetria, observo não serem desfavoráveis ao réu as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, motivo pelo qual



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplico a pena-base em seu mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Ressalto que não se justifica a exasperação da reprimenda pelo potencial lesivo da droga crack, circunstância esta já prevista para a incriminação básica da conduta. Também anoto que a quantidade de crack apreendida (41,68 g) não destoia do usual para o comércio ilegal de drogas, não se podendo reputar grande quantidade.

Ausentes agravantes e presente a atenuante da menoridade relativa (fls. 55), a qual, no entanto, não tem o condão de levar a reprimenda aquém do mínimo legal (231 STJ).

Ausentes causas de aumento.

Em razão do que preceitua o § 4.º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, por ser o réu é primário, de bons antecedentes, inexistindo notícia de que integre organização criminosa ou prova de que vinha traficando há tempos, reduzo a reprimenda em 2/3, o que resulta em 1 (um) ano, 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

À mingua doutras causas modificadoras da reprimenda, torno-a definitiva.
[...]

Deverá o acusado iniciar o cumprimento da pena de reclusão no regime fechado, nos termos do artigo 2.º, §1.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei 11.654/07.

Cuida-se de delito equiparado a hediondo, que fomenta a ocorrência de outras infrações penais e coloca em risco a ordem pública.

O tráfico de drogas é a raiz de diversos males sociais. Quem nele se envolve demonstra se tratar de indivíduo perigoso. Cabe, então, ao Poder Público combater a ilícita comercialização de substância estupefaciente com rigor.

É cediço que a pena tem a função de recuperar o condenado e prevenir a prática de outros crimes. Essa prevenção é especial em relação ao próprio agente, para que não volte a cometer outros delitos e geral, pois serve de exemplo para os demais integrantes da sociedade a fim de desestimulá-los a cometer ilícitos penais.

Nesta linha de raciocínio, o regime (que, decerto, compõe a reprimenda) inicial fechado bem cumpre as funções acima apontadas, mormente a de prevenção da prática de outros crimes, uma vez que gera no agente e nos demais integrantes da sociedade a percepção de que o tráfico de substância entorpecente é combatido de forma rigorosa." (e-STJ, fl. 93-94).

Inicialmente, cumpre destacar que a obrigatoriedade do cumprimento inicial em regime fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do disposto no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

Sendo assim, deve ser afastada, como fundamento utilizado para o estabelecimento do regime mais gravoso, a referência relativa à hediondez e à gravidade abstrata do delito

Portanto, sendo manifesto o constrangimento suportado pelo paciente na definição do modo mais severo de cumprimento da pena, é de rigor a concessão da ordem, de ofício, para sanar a ilegalidade verificada.

Na espécie, 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, sobretudo quando considerada a pequena quantidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entorpecente apreendido, nos termos do art. 33 do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei de Drogas.
Nesse sentido:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

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. 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.

4. O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o HC 97.256/RS, passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, 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 (Resolução n. 5 de 16/2/2012).

5. Tendo as instâncias ordinárias indeferido a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, com fundamento na vedação legal, e havendo o paciente preenchido os requisitos no art. 44 do Estatuto Penal, fica configurado o constrangimento ilegal.

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.)

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 no § 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.

In casu, pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente, circunstâncias judiciais favoráveis e não significativa quantidade de droga apreendida), entende-se que o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Confira-se o seguinte julgado:

"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.)

Diante do exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, a fim de fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva, bem como substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser definida pelo Juiz competente.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0212627-2

HC 366.747 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00123039220158260625 123039220158260625 20160000408740

EM MESA

JULGADO: 01/09/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JEFERSON DOUGLAS PAULINO
ADVOGADO : JEFERSON DOUGLAS PAULINO - SP264935
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL SILVA DA COSTA (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 Joel Ilan Paciornik.