



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 327.984 - SP (2015/0148761-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GLAUCO MAZETTO TAVARES MOREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBSON RENAN GONCALVES

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 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.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, ratificada a liminar, para fixar o regime aberto, bem como para substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções.

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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Gurgel de Faria e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de novembro de 2015(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 327.984 - SP (2015/0148761-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GLAUCO MAZETTO TAVARES MOREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBSON RENAN GONCALVES

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **ROBSON RENAN GONÇALVES**, contra acórdão proferido pelo 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, a ser inicialmente cumprida em regime fechado, e de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, por infração ao art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ, fls. 16-28).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento parcial à apelação do réu, "tão somente para fixar o regime inicial semiaberto" (e-STJ, fls. 29-35).

Inconformada, a Defensoria Pública estadual impetrou o *habeas corpus* em análise, sustentando, em síntese, que: a) se levar "em conta que o réu é primário e que a fundamentação utilizada para o estabelecimento do regime inicial é inidônea, o regime inicial deve ser alterado"; b) "a decisão do Tribunal *a quo* modificou a fundamentação da sentença, tratando de outras circunstâncias para manter o regime fechado. No entanto, em recurso exclusivo do réu a postura é vedada, pois caracteriza indevida *reformatio in pejus*"; c) na forma do § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, impõe-se considerar "o tempo de prisão provisória para o estabelecimento do regime inicial, alterando-o para aberto" (e-STJ, fls. 1-12).

Requer a concessão da ordem, para "determinar o cumprimento da pena em regime inicial aberto".

A liminar foi deferida pelo então Relator, Ministro Newton Trisotto (Desembargador Convocado TJSC) (e-STJ, fls. 44-48).

Prestadas as informações, manifestou-se o Ministério Público Federal pela "concessão da ordem, no sentido do regime prisional ser modificado para o aberto e da pena privativa de liberdade ser, conforme especificação pelo juiz de 1º grau, substituída por restritivas de direitos" (e-STJ, fls. 111-112).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 327.984 - SP (2015/0148761-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GLAUCO MAZETTO TAVARES MOREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBSON RENAN GONCALVES

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 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.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, ratificada a liminar, para fixar o regime aberto, bem como para substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções.

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.

Consta dos autos que o réu foi condenado pela prática de tráfico de drogas à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime fechado, e de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, nos seguintes termos:

"Com fundamento no artigo 59 do Código Penal, e observado o disposto no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

artigo 42 da Lei n. 11.343/06, **fixei a pena-base em cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa, no mínimo legal, ausentes motivos para rigor maior** (fls. 1/6 do apenso próprio).

Desconsidere a circunstância atenuante em tese aplicável, qual seja, a menoridade do réu, porque tal implicaria vedada redução da pena aquém do mínimo legal.

A questão é pacífica (Súmula n. 231, do Superior Tribunal de Justiça).

Em seguida, **sendo o réu primário e não havendo prova de que se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa, e porque pequena a quantidade da droga apreendida, aplico a redução de dois terços prevista no artigo 33, §4º, do diploma legal citado, atingindo a pena definitiva de um ano e oito meses de reclusão e cento e sessenta e seis dias-multa.**

Nos termos do artigo 44 da Lei 11.343/2006, **inviável a suspensão condicional da pena e a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos.**

A Resolução n. 5/12, do Senado Federal, que retirou do texto da Lei n. 11.343/06 a proibição legal da conversão da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, **é absolutamente incompatível com o disposto no artigo 2º, §1º da Lei 8.072/90, que prevê a fixação do regime fechado aos condenados por tráfico de drogas.**

Não bastasse, a fixação de pena alternativa a traficantes implica verdadeiro estímulo àquela que é, indubitavelmente, a mais nociva manifestação da criminalidade nos dias de hoje.

O tráfico de drogas não envolve apenas o fornecimento a terceiros de substâncias que causam dependência e males físicos e psíquicos.

O tráfico alimenta e é alimentado por facções criminosas, e a sua manutenção, da qual depende a subsistência dessas organizações, é resguardada por verdadeiro exército cujo controle, em muitos centros urbanos como na cidade do Rio de Janeiro, acaba por demandar intervenção das Forças Armadas.

O tráfico causa mortes, incentiva a corrupção policial, abala a imagem do país no exterior, reduz o interesse pelo turismo.

Com a devida vênia, **tornar mais branda a repressão dessa modalidade criminosa, nesse contexto, implica verdadeira colaboração do Estado com aquilo que deveria aniquilar.**

[...]

A pena será cumprida inicialmente em regime fechado, ante o disposto no artigo 2º, § 1º da Lei 8.072/90, de constitucionalidade não afastada por decisão que vincule o juízo.

O réu foi beneficiado com a liberdade provisória e tornou-se revel.

Imprescindível, para a garantia da ordem pública, tendo em vista a natureza do crime praticado, equiparado a hediondo, e da aplicação da lei penal, tendo em vista o regime fixado, a sua custódia cautelar.

[...]" (e-STJ, fls. 16-28, grifou-se).

Na hipótese, verifica-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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, comprovada 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 – e-STJ, fl. 16), 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, a serem definidas pelo Tribunal de origem.

Nesse sentido, o seguinte julgado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 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 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 o paciente preenchido os requisitos do art. 44 do Código Penal, deve a pena corporal ser substituída por penas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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** do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, ratificada a liminar para fixar o regime aberto, bem como para substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0148761-7

HC 327.984 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00824416820128260050 20150000194709 53882012 824416820128260050

EM MESA

JULGADO: 17/11/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: GLAUCO MAZETTO TAVARES MOREIRA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ROBSON RENAN GONCALVES

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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, Gurgel de Faria e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.