



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 327.990 - SP (2015/0149008-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUANA TRINO DE MEDEIROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAYANA FREITAS DE CARVALHO

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 (68,9 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 327.990 - SP (2015/0149008-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUANA TRINO DE MEDEIROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAYANA FREITAS DE CARVALHO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **DAYANA FREITAS DE CARVALHO**, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que a paciente foi condenada 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*, da Lei 11.343/2006 (e-STJ, fls. 29-33).

O Tribunal de origem denegou o *habeas corpus* impetrado em favor da ré (e-STJ, fls. 35-38).

Inconformada, a Defensoria Pública estadual manejou o *habeas corpus* em análise, sustentando que: a) "o magistrado de primeiro grau impôs evidente limitação à liberdade de locomoção do paciente ao fixar regime fechado de cumprimento de pena sem justificativa idônea, apesar da pena no mínimo legal e da Primariedade"; b) "em respeito ao princípio da individualização da pena, devem ser observadas para a fixação de regime inicial de cumprimento de pena as regras previstas no artigo 33, § 2º, do Código Penal, e não o disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, cuja inconstitucionalidade já foi reconhecida pelo STF em sede de controle difuso"; c) "a Lei 8.072/90 não deve incidir, visto que a Lei 11.343/06, em seu artigo 44, apenas considera como hediondos os crimes previstos nos artigos 33, *caput* e §1º, e 34 a 37. E o reconhecimento do privilégio previsto no §4º, baseado em características subjetivas, tem como consequência o afastamento da hediondez atribuída ao crime previsto no artigo 33 da Lei 11.343/06, o que corrobora a possibilidade do regime inicial aberto"; e d) "não obstante, o juízo sentenciante vedou a conversão em pena restritiva de direitos e fixou regime fechado sem outra justificativa além de se tratar de crime de tráfico de entorpecentes" (e-STJ, fls. 1-9).

Requer a concessão da ordem, para que "seja fixada pena restritiva de direitos ou, subsidiariamente, regime inicial aberto até o julgamento de apelação interposta pela sentenciada" (e-STJ, fl. 8).

A liminar foi deferida pelo então Relator, Ministro Newton Trisotto [Desembargador Convocado TJSC] (e-STJ, fls. 41-44).

Prestadas as informações, manifestou-se o Ministério Público Federal pela "não conhecimento do *mandamus*, concedendo-se a ordem de ofício" (e-STJ, fls. 84-91).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 327.990 - SP (2015/0149008-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUANA TRINO DE MEDEIROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAYANA FREITAS DE CARVALHO

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 (68,9 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:

"[...] Conforme folha de antecedentes acostada ao terceiro apenso, **a ré é**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

primária e ostenta bons antecedentes.

Assim, fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda fase, não há circunstâncias atenuantes ou agravantes a serem consideradas.

Na terceira fase, frente à causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, decorrente da primariedade, dos bons antecedentes e da ausência de prova de que se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa, reduzo a pena em 2/3 (dois terços), rebaixando-s ao patamar de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, e mais 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

[...] Por se tratar de crime equiparado a hediondo, conforme art. 2º da Lei n. 8.072/90, deverão ser observadas as normas previstas em tal diploma legal e também na Lei n. 11.464/07, que alterou alguns dispositivos daquela primeira, sendo incabíveis os benefícios previstos nos arts. 44 e 77 do Código Penal, face à gravidade do crime, entendimento jurisprudencial prevalente a expressa disposição contida no art. 44 da Lei n. 11.343/06.

Assim, fixo o regime inicial fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade (art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a alteração que lhe foi imposta pelo art. 1º da Lei 11.464/2007).

[...] (e-STJ, fls. 29-33, 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 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 da agente e considerada a pequena quantidade de entorpecente apreendido (68,9 gramas de maconha – e-STJ, fl. 29), o regime aberto é o adequado à prevenção e reparação do delito.

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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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** 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: 2015/0149008-4

HC 327.990 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00145202420148260050 1158191 145202420148260050 20150000441994
20637432820158260000 3772014

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	: LUANA TRINO DE MEDEIROS
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: DAYANA FREITAS DE CARVALHO

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.