



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 344.957 - RS (2015/0314184-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : JULIANA MENDEZ JEANNES
ADVOGADO : JULIANA MENDEZ JEANNES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : RAFAEL PACHECO DE SOUZA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990. FUNDAMENTO INVÁLIDO. DISPOSITIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. FLAGRANTE ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA 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 art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, ante a declaração de inconstitucionalidade do referido dispositivo pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/06/2012).

3. Noticiado o trânsito em julgado da condenação, o Juízo da Execução Criminal é o competente para a análise do regime prisional cabível na espécie, conforme as diretrizes dos arts. 33 c/c 59 do CP e 42 da Lei de Drogas.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, tão somente, para que afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado, o Juízo da Execução Criminal verifique a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

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), 16 de fevereiro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 344.957 - RS (2015/0314184-8)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE : JULIANA MENDEZ JEANNES

ADVOGADO : JULIANA MENDEZ JEANNES

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE : RAFAEL PACHECO DE SOUZA (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo, com pedido de liminar, impetrado em benefício de **RAFAEL PACHECO DE SOUZA** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ELEMENTOS NOS AUTOS SUFICIENTES A ENSEJAR JUÍZO CONDENATÓRIO. APLICAÇÃO DA ATENUANTE PREVISTA NO § 4º. DO ARTIGO 33, DA LEI DE DROGAS. VIABILIDADE. POSSE ILEGAL DE ARMAS DE FOGO E MUNIÇÕES. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DECRETO N.º 7.473/11 E PORTARIA N.º 797/2011. MEDIDAS QUE NÃO ESTENDERAM O PRAZO PARA A ENTREGA DE ARMAS. NÃO INCIDÊNCIA DA *ABOLITIO CRIMINIS*. CONDENAÇÃO IMPOSITIVA. APREENSÃO DE MAIS DE UMA ARMA EM PODER DO RÉU. CRIME ÚNICO. APELO MINISTERIAL PROVIDO." (e-STJ, fl. 28.)

Colhe-se dos autos que, provido o apelo ministerial na origem, o paciente foi condenado como incurso no art. 16, *caput*, da Lei n. 10.826/2003, à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime aberto, e no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 4 (quatro) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, vedado o recurso em liberdade.

Nesta Corte, a impetrante alega manifesto constrangimento ilegal, pois o regime prisional mais gravoso (fechado) foi estabelecido com fulcro no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990. Aduz que, condenado o paciente à sanção definitiva de 4 (quatro) anos e 10 (dez) meses de reclusão e reconhecida a incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, ele faz jus ao início do cumprimento da pena no modo intermediário.

Requer, assim, a alteração do regime prisional para o semiaberto.

A liminar foi indeferida (e-STJ, fl. 56).

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou pela concessão da ordem, de ofício, para que o Juízo da Execução analise a possibilidade de fixação de outro regime prisional, com base nos arts. 33 e 59 do CP (e-STJ, fls. 87-88).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 344.957 - RS (2015/0314184-8)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE : JULIANA MENDEZ JEANNES

ADVOGADO : JULIANA MENDEZ JEANNES

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE : RAFAEL PACHECO DE SOUZA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990. FUNDAMENTO INVÁLIDO. DISPOSITIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. FLAGRANTE ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA 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 art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, ante a declaração de inconstitucionalidade do referido dispositivo pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/06/2012).

3. Noticiado o trânsito em julgado da condenação, o Juízo da Execução Criminal é o competente para a análise do regime prisional cabível na espécie, conforme as diretrizes dos arts. 33 c/c 59 do CP e 42 da Lei de Drogas.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, tão somente, para que afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado, o Juízo da Execução Criminal verifique a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

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.

Nesse contexto, passo ao exame das supostas ilegalidades apontadas pela defesa.

In casu, o Tribunal de origem, ao prover o recurso ministerial, fixou o regime inicial fechado para o cumprimento da pena, sob a seguinte motivação:

"O regime de cumprimento da pena será o fechado, consoante o que dispõe o § 1º do art. 2º, da Lei nº 8.072/90, com redação dada pela Lei nº



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.464/07." (e-STJ, fl. 32.)

Inicialmente, convém destacar que não mais subsiste a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados, 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 reparação da infração penal, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento as diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com a 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.

No caso em apreço, verifica-se **flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício**, pois a imposição do regime fechado está apoiada em mera fundamentação *ope legis*, decorrente de norma já declarada inconstitucional, o que não é admissível segundo reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça (Nesse sentido: AgRg no REsp 1.434.726/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015; AgRg no REsp 1.523.103/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 3/8/2015).

Por fim, destaco que, noticiado o trânsito em julgado da condenação (em 12/6/2013), o Juízo da Execução Criminal é o competente para a verificação da possibilidade de modificação do regime prisional.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. **Concedo** a ordem, de ofício, tão somente, para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado, o Juízo da Execução analise o regime prisional cabível ao cumprimento da pena privativa de liberdade, conforme as diretrizes dos arts. 33 do CP e 42 da Lei de Drogas.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0314184-8

HC 344.957 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00121200109528 00393432420128210001 121200109528 393432420128210001
70051802296

EM MESA

JULGADO: 16/02/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JULIANA MENDEZ JEANNES
ADVOGADO : JULIANA MENDEZ JEANNES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : RAFAEL PACHECO DE SOUZA (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, Gurgel de Faria e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.