



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 302.787 - SP (2014/0218778-3)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FABIANA CAMARGO MIRANDA GUERRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO FRANCISCO DAS CHAGAS SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO (ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/90). TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. REMESSA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA (91 TROUXINHAS DE MACONHA, PESANDO 335,5G). *HABEAS CORPUS* 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.

– Verificado que o regime fechado foi fundamentado no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, dispositivo declarado inconstitucional, de forma incidental, pelo Supremo Tribunal Federal, cabe ao juízo da execução, tendo em vista o trânsito em julgado da condenação, reavaliar os elementos concretos dos autos para fixar o regime prisional com base no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, bem como no art. 42 da Lei n. 11.343/06.

– A quantidade e a natureza do entorpecente constituem circunstâncias capazes de agravar o aspecto qualitativo da reprimenda, obstando a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, como forma de se aplicar uma sanção suficiente para a repressão e prevenção do delito, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar ao Juízo das Execuções que, a partir de dados concretos, decida acerca da possibilidade de fixar ao paciente regime inicial mais brando para o cumprimento da pena.

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, na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, 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 Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 16 de junho de 2015(Data do Julgamento).

MINISTRO ERICSON MARANHÃO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 302.787 - SP (2014/0218778-3)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : FABIANA CAMARGO MIRANDA GUERRA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : THIAGO FRANCISCO DAS CHAGAS SILVA

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 THIAGO FRANCISCO DAS CHAGAS SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0069169-70.2013.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado a cumprir pena privativa de liberdade de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso nas sanções previstas no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual reduziu a reprimenda para o patamar de 2 anos e 6 meses de reclusão, a ser resgatada inicialmente no regime fechado, além do pagamento de 250 dias-multa. O julgamento ficou assim ementado:

Crime contra a saúde pública - Tráfico de drogas - Materialidade e autoria comprovadas - Adequação da sentença condenatória - Pretensão voltada para a expedição de um decreto absolutório ou reconhecimento do privilégio do delito, com abrandamento da regência carcerária e substituição por sanção alternativa - Apelo parcialmente provido para, presentes os requisitos legais, aplicar o privilégio do delito imputado, reduzindo suas penas de metade, nos termos propostos pelo voto (fl. 23).

No presente *writ*, a Defensoria Pública requer a fixação do regime prisional aberto, convertendo-se a sanção corporal em medidas restritivas de direitos.

Indeferida a medida de urgência e prestadas as informações, os autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal, oportunidade em que o *Parquet*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

manifestou-se pela concessão da ordem (fls. 32/33, 43/61 e 65/70).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 302.787 - SP (2014/0218778-3)

VOTO

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

O presente *habeas corpus* não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio (HC n. 109.956, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, PRIMEIRA TURMA, DJe 11/9/2012). Contudo, nada impede que, de ofício, se constate a existência de manifesta ilegalidade que implique em 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, examinando *in verbis* os fundamentos do acórdão recorrido:

(...)

Passa-se, então, a análise da dosimetria adotada.

As penas impostas merecem redução. Isso porque carece de justificação idônea o afastamento do privilégio do delito pelo juízo processante.

Ora, estão preenchidos os requisitos exigidos no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Trata-se de réu é primário, que não registra antecedentes criminais, não restando comprovada sua dedicação a atividades criminosas e nem tampouco demonstrou ele ser integrante de organização criminosa. Aplicam-se, portanto, às suas penas a redução de metade (1/2), anotado que tal fração se deve à expressiva quantidade de droga apreendida. Assim, restam as sanções estabilizadas em dois (02) anos e seis (06) meses de reclusão e pagamento de duzentos e cinquenta dias (250) dias-multa, no piso.

Não se cogita, todavia, de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Os motivos e as circunstâncias indicativas de tão grave ilícito não indicam que tal substituição seja suficiente (redação do artigo 44, inciso II, parte final, do Código Penal), anotado que eles foram surpreendidos com razoável quantidade de drogas, de modo que eventual substituição da pena carcerária implicaria num incentivo à prática de novo crime ao invés de reprimi-lo. Aliás, conforme já decidiu esta Colenda Segunda Câmara, da relatoria do ilustre Desembargador Antonio Luis Pires Neto (Apelação nº 0005947-17.2009.8.26.0197), "Quem a tanto se abale a envolver-se com esse tipo de criminalidade deve esperar as consequências severas da lei penal, estando as penas substitutivas, naturalmente, para aplicação a situações de menor gravidade".

Por derradeiro, insta acentuar que a fixação do regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inicial fechado decorre de expressa determinação legal (artigo 2o, § 1o, da Lei nº 8.072/90).

Ante o exposto, DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao recurso para o fim de aplicar o privilégio do delito e reduzir as penas do apelante para dois (02) anos e seis (06) meses de reclusão e pagamento de duzentos e cinquenta dias (250) dias-multa, no piso, mantida, no mais, a r. sentença ora hostilizada (fls. 25/26, sem destaque no original).

Quanto ao regime prisional, o Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, que prevê o regime inicial fechado para o tráfico de drogas independentemente do *quantum* de pena privativa de liberdade aplicada ao réu. Diante disso, o Superior Tribunal de Justiça passou a adotar o entendimento de que cabe ao juízo da execução, tendo em vista o trânsito em julgado da condenação, reavaliar os elementos concretos dos autos para fixar o regime prisional com base no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, bem como no art. 42 da Lei n. 11.343/06. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. **REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO.** SUBSTITUIÇÃO DA PENA NEGADA COM BASE NA VEDAÇÃO LEGAL E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

(...)

4. In casu, foi fixado o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez do delito. Do mesmo modo, foi negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos com fulcro, tão somente, na vedação legal e 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 pelos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal.

6. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente para 2 anos de reclusão, bem como para que, afastada a fundamentação referente à hediondez e à gravidade abstrata do delito, bem como o óbice do art. 44 da Lei de Drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, à luz dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal.

(HC 289.702/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 24/11/2014)

Por outro lado, a quantidade do entorpecente apreendido (91 trouxinhas de maconha, pesando 335,5g) constitui circunstância capaz de agravar o aspecto qualitativo da reprimenda, obstando a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, como forma de se aplicar uma sanção suficiente para a repressão e prevenção do delito, nos termos do art. 44, III, do Código Penal. Confirmam-se os seguintes julgados:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. QUALIDADE E QUANTIDADE DA DROGA. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO DO STJ, EM SENTIDO CONTRÁRIO À PRETENSÃO RECURSAL. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. No que se refere à possibilidade de substituição da reprimenda reclusiva por penas restritivas de direitos, embasou-se o acórdão do Tribunal de origem, para negar o benefício, no disposto no art. 44 do Código Penal, por reputar não suficiente para a repressão e prevenção do crime, em razão da quantidade e, principalmente, da qualidade da droga apreendida ("crack"), estando o acórdão, no particular, em consonância com a jurisprudência do STJ acerca da questão. Precedentes.

2. Ante o exposto, voto por não conhecer do segundo agravo regimental interposto pelo recorrente e por negar provimento ao agravo regimental remanescente.

(AgRg no AREsp 180.327/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2014, DJe 18/08/2014).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.

[...]

5. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, conforme bem observado pelo Tribunal a quo, considerando, sobretudo, a quantidade e a qualidade da substância



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entorpecente apreendida (98 gramas de cocaína). Precedentes.

6. Ordem de habeas corpus não conhecida.

(HC 275.007/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2014, DJe 26/02/2014).

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício para determinar ao Juízo das Execuções que, a partir de dados concretos, decida acerca da possibilidade de fixar ao paciente regime inicial mais brando para o cumprimento da pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0218778-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 302787 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00691697020138260050 12912013 20140000366677 691697020138260050

EM MESA

JULGADO: 16/06/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FABIANA CAMARGO MIRANDA GUERRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO FRANCISCO DAS CHAGAS SILVA

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 (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.