



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.278 - SP (2015/0151356-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LARISSA GRIMM BAKRI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JONAS MELO DOS SANTOS (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.

3. No crime de tráfico de drogas, se o réu for primário e a pena privativa de liberdade não exceder a 4 (quatro) anos de reclusão, poderá ser estabelecido o regime aberto para seu cumprimento inicial, desde que favoráveis as circunstâncias judiciais e diminuta a quantidade da droga apreendida (HC 294.400/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2015; HC 338.597/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 22/02/2016).

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.

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 da execução.

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de abril de 2016(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.278 - SP (2015/0151356-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LARISSA GRIMM BAKRI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JONAS MELO DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **JONAS MELO DOS SANTOS**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime fechado, e ao pagamento de 350 (trezentos e cinquenta) dias-multa, por infração ao art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ, fls. 29-32).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento parcial à apelação do réu tão somente "para reduzir a pena para 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa" (e-STJ, fls. 48-53).

Inconformada, a Defensoria Pública estadual impetrou este *habeas corpus*, sustentando, em síntese, que: a) o acórdão impugnado, "ao se fundamentar na vedação legal e na gravidade em abstrato do crime para fixar regime mais grave que o permitido em lei, mesmo após fixar a pena-base no mínimo legal, ofendeu nada menos que três súmulas de nossos tribunais superiores"; b) "o paciente é primário e não ostenta antecedentes criminais. A pena privativa de liberdade a ele imposta, enfim, é inferior a quatro anos de reclusão, encontrando-se, portanto, satisfeitos os requisitos previstos no supracitado artigo 44 do Código Penal para a substituição das penas" (e-STJ, fls. 1-7).

Requer a concessão da ordem, liminarmente, "para que o paciente seja colocado imediatamente em regime aberto" e, no mérito, para "que seja fixado o regime inicial aberto para o cumprimento da pena e substituída a sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos e multa" (e-STJ, fl. 7).

A liminar foi deferida "para assegurar ao paciente o direito a aguardar o julgamento do mérito deste *habeas corpus* no regime aberto, se por outro motivo não estiver cumprindo pena em regime mais gravoso" (e-STJ, fls. 59-63).

O Ministério Público manifestou-se pela "parcial concessão da ordem, para estabelecer o regime inicial semiaberto" (e-STJ, fls. 85-86).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.278 - SP (2015/0151356-8)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LARISSA GRIMM BAKRI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JONAS MELO DOS SANTOS (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.

3. No crime de tráfico de drogas, se o réu for primário e a pena privativa de liberdade não exceder a 4 (quatro) anos de reclusão, poderá ser estabelecido o regime aberto para seu cumprimento inicial, desde que favoráveis as circunstâncias judiciais e diminuta a quantidade da droga apreendida (HC 294.400/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2015; HC 338.597/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 22/02/2016).

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.

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 da execução.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal de origem, ao prover o recurso da defesa e reduzir a pena imposta ao paciente para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão mais 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, manteve o regime inicial fechado e afastou a permuta legal, em decisão assim motivada:

"Quanto à pena, insta alguma ponderação.

A exacerbação da pena-base deve ser afastada. É que não há que se falar em maior lesividade da droga, pois ela já integra o próprio tipo penal e não pode ser usada para agravar a pena. Na segunda fase, não está presente qualquer circunstância agravante ou atenuante.

Na derradeira, o apelante experimentou justa redução de metade (1/2), pela aplicação do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Portanto, recalculando-se a pena, torna-se ela definitiva em dois (02) anos e seis (06) meses de reclusão e duzentos e cinquenta (250) dias-multa.

O regime prisional inicial fechado foi fixado com absoluto acerto, não só por determinação legal - artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, com a redação dada pela Lei n. 11.464/07 - como, também, pela gravidade do crime, de catastróficas consequências à saúde pública, e responsável, também, pela desagregação familiar e social. Tanto é que o delito é equiparado aos hediondos.

A possibilidade de ver a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos não pode ser atendida, por mostrar-se manifestamente incompatível com o caso. Tratando-se de crime equiparado aos hediondos, o tráfico de entorpecentes não admite a pretendida substituição. Tanto é que a lei penal impõe o regime inicial fechado. Em liberdade, óbvio que o agente irá continuar exercendo o nefando comércio. Nem a mais ingênuas das pessoas iria acreditar no contrário!

Dessarte, dá-se parcial provimento, tão-somente, para reduzir a pena para dois (02) anos e seis (06) meses de reclusão e duzentos e cinquenta (250) dias-multa, restando mantida, no mais, a r. sentença recorrida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos [...]" (e-STJ, fls. 52-53.)

Inicialmente, convém destacar que não mais subsiste a obrigatoriedade do cumprimento inicial em regime fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados, 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.

Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, ao 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.

Como se observa, *in casu*, 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).

Portanto, sendo manifesto o constrangimento suportado pelo paciente na definição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 2 anos e 6 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, 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 PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. SÚMULA 444/STJ. 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. Nos termos da Súmula 440 desta Corte, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". Aplicação, também, dos verbetes n. 718 e 719 do STF.

3. Estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão, sendo primário o agente e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime aberto, in casu, é o adequado à prevenção e à reparação do delito, sobretudo quando considerada a pequena quantidade de entorpecente apreendido - 3 papелotes de cocaína (1,8g) e 1 invólucro contendo também cocaína (17g) -, nos termos do art. 33 do Código Penal.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva."

(HC 340.738/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 21/03/2016.)

"[...] 2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

3. A Suprema Corte, no HC n. 97.256/RS, também passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

4. Na hipótese, o Tribunal de origem, após fixar a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão pelo crime de tráfico de drogas, determinou o cumprimento da reprimenda em regime inicial fechado, exclusivamente 'por se tratar de crime equiparado a hediondo', valendo-se da mesma fundamentação para vedar ao paciente a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em manifesto descompasso com as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decisões pretorianas.

5. A primariedade, os bons antecedentes e o *quantum* da pena aplicada, aliados à quantidade e à natureza do entorpecente apreendida - 168,2g de haxixe -, recomendam o estabelecimento do regime aberto para o início da expiação, bem como a substituição pretendida.

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 das Execuções" (HC 294.400/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2015).

"[...] III - O Pretório Excelso, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES, ao considerar incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art.

2º da Lei nº 8.072/90, com redação dada pela Lei nº 11.464/07, concluiu ser possível o afastamento da obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

IV - A hediondez do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial mais gravoso para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos artigos 33, § 2º, alínea b, e §3º, do CP (precedentes).

V - Nos termos do Enunciado Sumular nº 719/STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

VI - O Pretório Excelso, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC n. 97.256/RS, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 - cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012) -, permitiu a concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de drogas desde que preenchidos requisitos insertos no art. 44, do Código Penal.

VII - Na hipótese, o paciente é primário, a quantidade da pena aplicada, 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, é superior a 1 (um) ano e não excedente a 4 (quatro) e a pena base foi fixada no mínimo legal em razão da ausência de circunstância judicial desfavorável ao paciente, motivos suficientes a ensejar o estabelecimento do regime inicial aberto. À luz do art. 44, II. do CP, o paciente também faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para fixar o regime aberto para cumprimento da pena e determinar que o eg. Tribunal de origem converta a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal." (HC 338.597/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 22/02/2016.)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal.

In casu, pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente, circunstâncias judiciais favoráveis e insignificativa quantidade de droga apreendida), verifica-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.

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 Juízo da execução.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0151356-8

HC 328.278 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00299435820138260050 20150000313245 299435820138260050

EM MESA

JULGADO: 19/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LARISSA GRIMM BAKRI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JONAS MELO DOS SANTOS (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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.