



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.413 - SP (2015/0162034-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : PEDRO VINICIUS GALACINI MASSARI
ADVOGADO : PEDRO VINÍCIUS GALACINI MASSARI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABIANO RODRIGO DE SOUZA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. 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. Estabelecida a pena definitiva em 1 ano e 8 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, § 2º, "c", do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas.

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 para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva e para substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, 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)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.413 - SP (2015/0162034-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : PEDRO VINICIUS GALACINI MASSARI
ADVOGADO : PEDRO VINÍCIUS GALACINI MASSARI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABIANO RODRIGO DE SOUZA (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial impetrado em favor de **FABIANO RODRIGO DE SOUZA**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento à apelação interposta pela defesa, nos termos da seguinte ementa:

"Apelação. Crime de tráfico de drogas. Absolvição. Não cabimento. Materialidade, autoria e prova da traficância comprovadas. Não provimento ao recurso" (e-STJ, fl. 23).

Consta dos autos que o paciente foi condenado às penas de 1 ano e 8 meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime fechado, e de 166 dias-multa, como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sentença mantida em apelação.

Neste *writ*, alega o impetrante, em suma, que o paciente sofre constrangimento ilegal resultante da fixação do regime fechado para cumprimento inicial da pena desprovida de qualquer fundamentação e da inexistência de exame quanto à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direito. Afirma que "o paciente é primário, ostenta bons antecedentes e não integra organizações criminosas. De fato, cumpria todos os requisitos legais à aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, como reconhecido pelo MM. Juízo sentenciante" e que "tanto pelos critérios objetivos como pelos subjetivos, fazia jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos". Aduz, ainda, que "a r. sentença monocrática fixou o regime fechado para início do cumprimento da pena SEM QUALQUER JUSTIFICATIVA. Já o V. Acórdão recorrido aduziu: 'A sanção penal, além de não ter sido objeto de impugnação específica, foi aplicada nos patamares mínimos, nada tendo para se alterar' e 'nem mesmo eventual alegação de se tratar o caso de crime hediondo seria apta a autorizar a fixação do regime mais gravoso, quando a pena imposta impunha o regime aberto'. Afirma violação das Súmulas n. 440 desta Corte e n. 718 e 719, ambas do Supremo Tribunal Federal.

Requer a concessão da ordem, para que seja determinada "(i) a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e (ii) a fixação do regime aberto para cumprimento da pena" (e-STJ, fl. 12).

A liminar foi indeferida pela então Vice-Presidente, no exercício da Presidência, Ministra Laurita Vaz (e-STJ, fls 34-36).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 44-56), o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem, para que seja fixado inicialmente o regime semiaberto (e-STJ, fls. 61-67).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.413 - SP (2015/0162034-1)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : PEDRO VINICIUS GALACINI MASSARI
ADVOGADO : PEDRO VINÍCIUS GALACINI MASSARI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABIANO RODRIGO DE SOUZA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. 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. Estabelecida a pena definitiva em 1 ano e 8 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, § 2º, "c", do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas.
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 para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva e para substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, 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.

Conforme relatado, o paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, porque guardava e tinha em depósito 28 (vinte e oito) pedras de *crack* (7,10g), sem autorização e em desacordo com determinação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legal e regulamentar.

Na individualização da pena, o juiz sentenciante consignou:

"[...]

Na fase do art. 59 do Código Penal, fixa-se a pena em cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa, ante a ausência de circunstâncias judiciais a serem consideradas.

Na segunda fase, inexistem agravantes ou atenuantes a serem consideradas.

Na terceira fase, tendo em vista que o acusado é primário, reduz-se de um sexto, de acordo com o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, totalizando 1 ano, 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, limite mínimo, pena esta que converto em definitiva por não encontrar qualquer circunstância modificadora aplicável.

Fixa-se o regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena.

Ante o exposto, julgo PROCEDENTE a ação penal para declarar FABIANO RODRIGO DE SOUZA como incurso (a) no art. 33 da Lei n. 11.343/06 e condená-lo ao cumprimento de 1 ano, 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, limite mínimo, fixado o regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena.

O apenado, se insatisfeito com a decisão, poderá apelar solto.

[...]" (e-STJ, fls. 20-21).

O Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo e manteve a sentença por seus próprios fundamentos, em decisão assim motivada:

"[...]

Era mesmo caso de condenação.

A sanção penal, além de não ter sido objeto de impugnação específica, foi aplicada nos patamares mínimos, nada tendo para se alterar.

[...]" (e-STJ, fl. 27.)

Inicialmente, convém destacar que a obrigatoriedade de iniciar o cumprimento da pena no regime fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, 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 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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Portanto, sendo **manifesto o constrangimento suportado pelo paciente** na definição 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 1 ano e 8 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, sobretudo quando considerada a pequena quantidade de entorpecente apreendido, nos termos do art. 33 do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei de Drogas.

Nesse sentido:

"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."
(HC 339.471/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 25/11/2015.)

"3. Considerando a quantidade de pena imposta (1 ano, 11 meses e 10 dias), a primariedade do condenado e o fato de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, deve ser fixado o regime inicial aberto, a teor do contido no art. 33, § 2º, alínea "c", e § 3º, do Código Penal.

[...]

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 da Vara de Execuções Criminais."

(HC 320.015/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 15/09/2015.)

No que tange ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, também identifica-se o alegado constrangimento sustentado pela impetrante.

Vale lembrar que a Suprema Corte, na análise do HC 97.256/RS, também reconheceu a inconstitucionalidade das expressões contidas no art. 44 e § 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 preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal.

Na hipótese, atendidos os critérios objetivos (art. 44, I, do CP – pena não superior a 4 anos), não reincidente o réu em crime doloso (art. 44, II, do CP), e considerada a suficiência da medida, tanto que favorável a análise das circunstâncias do art. 59 do CP (art. 44, III, do CP), o deferimento da benesse ao paciente é de rigor.

Confira-se os seguintes julgados:

"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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.)

"3. O *quantum* da condenação (1 ano e 8 meses), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea c, do CP, além da substituição por medidas restritivas de direitos.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, fixar o regime inicial aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

(HC 342.061/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2015, DJe 16/12/2015.)

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 para 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: 2015/0162034-1

HC 329.413 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00010702620118260274 10702620118260274 2740120110010706 792011

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 : PEDRO VINICIUS GALACINI MASSARI
ADVOGADO : PEDRO VINÍCIUS GALACINI MASSARI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABIANO RODRIGO 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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.