



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 356.816 - SP (2016/0130604-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CÉSAR AUGUSTO LUIZ LEONARDO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE DA SILVA GARCIA

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 (em 27/6/2012).

3. No caso, estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e considerada a pequena quantidade de entorpecente apreendido, 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, notadamente quando surpreendido na posse de quantidade não expressiva de entorpecente.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de, confirmando a liminar deferida, fixar o regime aberto, bem como para substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser definida pelo Juízo competente.

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), 21 de junho de 2016(data do julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 356.816 - SP (2016/0130604-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CÉSAR AUGUSTO LUIZ LEONARDO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE DA SILVA GARCIA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de **ALEXANDRE DA SILVA GARCIA**, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ, fls. 12/16).

Em sede de apelação, o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso.

Neste *writ*, alega a Defensoria Pública que o paciente é primário e que o regime inicial fechado foi fixado com base na gravidade abstrata do crime. Aponta, também, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A liminar foi deferida (e-STJ, fls. 51/52).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 65/92).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem de ofício (e-STJ, fls. 108/116).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 356.816 - SP (2016/0130604-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CÉSAR AUGUSTO LUIZ LEONARDO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE DA SILVA GARCIA

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 (em 27/6/2012).

3. No caso, estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e considerada a pequena quantidade de entorpecente apreendido, 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, notadamente quando surpreendido na posse de quantidade não expressiva de entorpecente.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de, confirmando a liminar deferida, fixar o regime aberto, bem como para substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser definida pelo Juízo competente.

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.

O juízo sentenciante fixou o regime inicialmente fechado para o resgate da reprimenda do paciente e negou-lhe a substituição da pena, sob a seguinte fundamentação:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"[...]

Em razão da hediondez equiparada do crime, fixo o regime inicial fechado, não influenciando em relação ao acusado a detração do artigo. 387, § 2º, do Código de Processo Penal vez que o réu não ficou preso preventivamente neste processo. Embora haja certa corrente jurisprudencial admitindo a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, data vênua, considero que essa substituição não é possível, vez que o tráfico de drogas é equiparado ao crime hediondo e a substituição é totalmente incompatível com o regime constitucional reversado aos crimes hediondos [...]" (e-STJ, fl.15).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do recurso de apelação, manteve *in totum* a sentença condenatória.

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

Sendo assim, deve ser afastada, como fundamento utilizado para o estabelecimento do regime mais gravoso, a referência relativa à hediondez e à gravidade abstrata do delito

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 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, sobretudo quando considerada a pequena quantidade de entorpecente apreendido (1,59g de cocaína), 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 ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

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. Considerando a quantidade de pena imposta (1 ano, 11 meses e 10 dias),



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

4. O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o HC 97.256/RS, passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, 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 (Resolução n. 5 de 16/2/2012).

5. Tendo as instâncias ordinárias indeferido a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, com fundamento na vedação legal, e havendo o paciente preenchido os requisitos no art. 44 do Estatuto Penal, fica configurado o constrangimento ilegal.

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, DJe 15/09/2015).

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 § 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.

In casu, pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente, circunstâncias judiciais favoráveis e não significativa quantidade de droga apreendida), entendo 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** do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, a fim de, confirmando a liminar deferida, fixar o regime aberto para o início do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumprimento da pena reclusiva, bem como para substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser definida pelo Tribunal de origem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0130604-8

HC 356.816 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00179207120138260344 10472013 179207120138260344 20160000144750

EM MESA

JULGADO: 21/06/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: CÉSAR AUGUSTO LUIZ LEONARDO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ALEXANDRE DA SILVA GARCIA

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.