



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 335.877 - SP (2015/0229781-9)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : FERNANDA COSTA HUESO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : ANA CLAUDIA DOS SANTOS MOURA (PRESO)

### EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS COM BASE NA VARIEDADE E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE. *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. O Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 no julgamento do HC 69.657/SP, de modo a não mais permitir a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crime hediondo ou equiparado.

3. Na hipótese, verifica-se que foi fixado o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao atual entendimento dos Tribunais Superiores.

4. Nesse contexto, estabelecida a pena definitiva em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, verificada a primariedade do agente, as circunstâncias judiciais favoráveis e considerada a quantidade e a natureza da droga apreendida (4,6 gramas de crack e 27,8 gramas de cocaína), o regime intermediário é o adequado à prevenção e à reparação do delito, à luz do art. 33, § 3º, do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

5. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ante a variedade e a natureza das drogas apreendidas (crack e cocaína), a denotar contornos de maior gravidade ao tráfico ilícito de drogas. Precedentes.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.

### 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), 17 de dezembro de 2015(Data do Julgamento)



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Ministro RIBEIRO DANTAS  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 335.877 - SP (2015/0229781-9)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : FERNANDA COSTA HUESO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : ANA CLAUDIA DOS SANTOS MOURA (PRESO)

### RELATÓRIO

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

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

Consta dos autos que a paciente foi condenada à pena de 5 (cinco) anos e 7 (sete) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e de 562 (quinhentos e sessenta dois) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, visto que trazia consigo 22 (vinte e dois) invólucros plásticos contendo "crack", com peso líquido de 4,6g, e 28 (vinte e oito) invólucros plásticos contendo cocaína, pesando 27,8g, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (e-STJ, fls. 19-23).

A defesa interpôs apelação, que foi parcialmente provida, e, ao final, fixada a pena em definitivo no patamar de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e de 333 (trezentos e trinta três) dias-multa (e-STJ, fls. 24-29).

Inconformada, a Defensoria Pública manejou o *writ* em análise, no qual alega constrangimento ilegal, porquanto fixado regime inicial fechado sem motivação idônea para tanto. Afirmar, ainda, ser possível a substituição da pena corporal por restritiva de direito, visto que preenchidos os requisitos legais (e-STJ, fls. 1-16).

Requer a concessão da ordem, para que seja fixado o regime aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi deferida para que o paciente aguardasse o julgamento do mérito deste *habeas corpus* no regime semiaberto (e-STJ, fls. 32-36).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 61-75 e 79-98), manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 57-60).

**É o relatório.**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 335.877 - SP (2015/0229781-9)**

**RELATOR** : MINISTRO RIBEIRO DANTAS  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : FERNANDA COSTA HUESO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : ANA CLAUDIA DOS SANTOS MOURA (PRESO)

### EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS COM BASE NA VARIEDADE E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE. *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. O Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 no julgamento do HC 69.657/SP, de modo a não mais permitir a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crime hediondo ou equiparado.
3. Na hipótese, verifica-se que foi fixado o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao atual entendimento dos Tribunais Superiores.
4. Nesse contexto, estabelecida a pena definitiva em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, verificada a primariedade do agente, as circunstâncias judiciais favoráveis e considerada a quantidade e a natureza da droga apreendida (4,6 gramas de crack e 27,8 gramas de cocaína), o regime intermediário é o adequado à prevenção e à reparação do delito, à luz do art. 33, § 3º, do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.
5. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ante a variedade e a natureza das drogas apreendidas (crack e cocaína), a denotar contornos de maior gravidade ao tráfico ilícito de drogas. Precedentes.
6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.

### 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.

Instado a se manifestar quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, o



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal de origem assim consignou (e-STJ, fl. 28):

Por fim, não há como fixar regime para cumprimento da pena privativa de liberdade diferente do fechado, seja por aplicação do § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, com alteração dada pela Lei n. 11.464/07, seja, por fim, por incompatibilidade da benesse ao condenado por crime hediondo, ainda que por equiparação, pela periculosidade social presumida.

A ré se envolveu na prática de delito que fomenta a multiplicação da delinquência, uma vez que, não raro, usuários e/ou dependentes químicos recorrem ao submundo do crime para angariar recursos para sustento do vício, tudo a exigir a imposição de regime mais rigoroso para o início de cumprimento da reprimenda.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 no julgamento do HC 69.657/SP, de modo a não mais permitir a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crime hediondo ou equiparado.

Na hipótese, verifica-se que foi fixado o regime inicial fechado, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao atual entendimento dos Tribunais Superiores.

Nesse contexto, estabelecida a pena definitiva em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, verificada a primariedade do agente, as circunstâncias judiciais favoráveis e considerada a quantidade e a natureza da droga apreendida (4,6 gramas de crack e 27,8 gramas de cocaína), o regime intermediário é o adequado à prevenção e reparação do delito, à luz do art. 33, § 3º, do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

A propósito:

"Na espécie, não obstante a pena reclusiva ter sido consolidada em patamar inferior a 4 (quatro) anos, não se mostra possível a aplicação do regime aberto, diante da mecânica delitiva e da quantidade e qualidade da droga apreendida: 5,7g (cinco gramas e setenta centigramas) de crack, entorpecente este altamente danoso ao usuário e à sociedade, dada a alta toxicidade e dependência provocadas, a exigir maior rigor na repressão - regime semiaberto" (AgRg no REsp 1396214/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2013).

Por fim, no que tange à alegação de que seria cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, dado que a paciente preencheria os requisitos legais exigidos, não existe manifesta ilegalidade a ser sanada.

Esta Corte tem admitido que a impossibilidade da substituição da pena privativa de liberdade seja fundamentada com base na quantidade e na natureza de droga apreendida. Sobre o tema, o seguinte julgado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. REGIME PRISIONAL FECHADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. OFENSA À SUMULA N. 440/STJ. REGIME ABERTO DEFERIDO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS COM BASE NA VARIEDADE E



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- A quantidade e a natureza da droga apreendida podem, ao lado dos demais elementos constantes do processo, interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Assim, fica afastada a aplicação do art. 44 do Código Penal ao caso, pois o sentenciante, de forma fundamentada, entendeu por sua inadequação ao caso em tela, ante o fato de que, com o paciente, foram apreendidos 30 eppendorfs de cocaína e 21 invólucros plásticos de maconha.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar 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.)

Destaque-se, no caso, a variedade e a natureza das drogas apreendidas (crack e cocaína), a denotar contornos de maior gravidade ao tráfico ilícito de drogas. Assim, não se mostra socialmente recomendada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Diante do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. No entanto, **concedo** a ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.

É como voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0229781-9

**HC 335.877 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00107225520148260050 107225520148260050 20150000273363

EM MESA

JULGADO: 17/12/2015

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO JOSÉ GISI**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

#### **AUTUAÇÃO**

|            |                                              |
|------------|----------------------------------------------|
| IMPETRANTE | : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  |
| ADVOGADO   | : FERNANDA COSTA HUESO                       |
| IMPETRADO  | : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE   | : ANA CLAUDIA DOS SANTOS MOURA (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.