



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.382 - SP (2016/0326649-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JULIA ALMEIDA BARANSKI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JACKSON SANTOS DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.
2. *In casu*, foi fixado o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.
3. Fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação, e tendo sido a reprimenda final estabelecida no patamar de 5 anos de reclusão, é razoável o restabelecimento do regime inicial semiaberto para o inicial cumprimento de pena, a teor do disposto no artigo 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.
4. Ordem concedida para fixar o regime semiaberto para o inicial cumprimento da pena do paciente.

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: A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 21 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.382 - SP (2016/0326649-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JULIA ALMEIDA BARANSKI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JACKSON SANTOS DA SILVA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de JACKSON SANTOS DA SILVA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 0004656-54.2014.8.26.0278).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em 26.3.2015, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do delito tipificado no artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06. Foi vedado ao réu o apelo em liberdade (Processo n.º 0004656-54.2014.8.26.0278, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Itaquaquecetuba/SP).

Colhe-se da sentença condenatória, no que interessa (fls. 26/29):

"(...)

b) réu: Jackson Santos da Silva.

Sopesadas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e, tendo em vista o disposto no artigo 42, da Lei 11.143/06, fixo a pena no mínimo legal, tendo em vista a primariedade técnica do réu, ou seja, em 05 (cinco) anos de reclusão, além de 500 (quinhentos) dias-multa, com valor fixado no mínimo.

Ainda na primeira fase é importante salientar que as condenações indicadas nas certidões de fls. 231/232 não servem, segundo a jurisprudência pátria, para caracterização de maus antecedentes, considerando a data do trânsito em julgado e a data do crime imputado ao réu neste processo.

Na segunda fase de aplicação da pena não há agravantes e/ou atenuantes a serem consideradas.

Na terceira fase de aplicação da pena indefiro o pedido de aplicação da causa de redução de pena estabelecida pelo artigo 33, § 4º, da Lei 11343/2006.

O acusado demonstrou ter a vida dedicada para a 'arte do crime', praticando inicialmente crimes contra o patrimônio (furto e roubo) pelos quais foi devidamente condenado e prosseguindo com a atividade lucrativa de venda de drogas até a sua prisão em flagrante no mês de Abril de 2014.

As certidões de fls. 232/233 apontam para a personalidade deformada e voltada para a criminalidade do acusado, que também deixou de lado sua vida pessoal de lado e a possibilidade de busca de um emprego lícito, para iniciar a atividade de venda de drogas nesta cidade, lamentavelmente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O acusado não preenche, portanto, os requisitos para obtenção do benefício, sempre lembrando do escopo do legislador quando da elaboração da Lei 11343/06 e da inclusão da referida causa de redução de pena, incompatível com a personalidade do réu.

(...)

Finalizando, os réus cumprirão as suas penas em regime inicial fechado, único compatível com o crime cometido, equiparado a hediondo, e com a gravidade das condutas relatadas na inicial acusatória, reiterando este Magistrado na íntegra o que foi acima discorrido sobre o delito especialmente quanto à reincidência do acusado Anderson e antecedentes criminais dos corréus Rogério e Jackson.

Não há falar na aplicação do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal nesta oportunidade, tendo em vista as penas cominadas e o tempo de custódia cautelar.

Os réus também não poderão recorrer em liberdade, permanecendo intactos os pressupostos indicados no artigo 312, do CPP.

4 - Posto isso e considerando o que mais consta dos autos, JULGO PROCEDENTE a ação penal para o fim de:

A) condenar os réus ANDERSON DEODATO DA SILVA, JACKSON SANTOS DA SILVA ao cumprimento da pena de 05 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo, por infração ao artigo 33, caput, da Lei 11.343/06.

(...)

Recomendem-se os réus na prisão onde se encontram."

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal *a quo* negou provimento, na data de 20.6.2016, consoante os seguintes fundamentos (fls. 66/67):

"(...)

Em relação ao corréu JACKSON as penas-base foram fixadas no mínimo legal, tendo sido afastada qualquer hipótese de majoração, porquanto as certidões de fls. 321 e 232, conforme observado pela própria decisão recorrida dão conta, respectivamente, da condenação por furto, com recurso ainda pendente de julgamento, e condenação por roubo majorado, com trânsito em julgado para o MP em 18/02/2014 e para a defesa em 12/05/2014, ou seja, posterior ao fato dos autos, ocorrido em 16/04/2014.

Na segunda etapa do cálculo, não foram apontadas agravantes e/ou atenuantes e, por fim, na última fase, o privilégio foi afastado, de forma correta, por ter sido apurado nos autos, através das certidões noticiadas, de fls. 231 e 232 (furto e roubo), a dedicação do réu ao crime, condição que inviabiliza a benesse.

(...)

E as circunstâncias do delito impõem manutenção do inicial fechado para todos, ressaltada a reincidência de Anderson e maus antecedentes de Rogério.

(...)"

Daí o presente *mandamus*, no qual sustenta a impetrante, em suma, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ocorrência de constrangimento ilegal decorrente da fixação com relação ao paciente, sem motivação idônea, do regime fechado para o início do cumprimento de sua pena.

Enaltece ser incabível a fixação do regime mais gravoso com base na gravidade abstrata do delito, nos termos da súmula n.º 440 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça e das Súmulas n.º 718 e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal.

Requer, liminarmente e no mérito, a modificação do regime inicial de cumprimento da sanção para o semiaberto.

A liminar foi indeferida às fls. 73/76.

Foram prestadas informações às fls. 90/91 e 93/109.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Francisco Xavier Pinheiro Filho, manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.382 - SP (2016/0326649-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.
2. *In casu*, foi fixado o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.
3. Fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação, e tendo sido a reprimenda final estabelecida no patamar de 5 anos de reclusão, é razoável o restabelecimento do regime inicial semiaberto para o inicial cumprimento de pena, a teor do disposto no artigo 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.
4. Ordem concedida para fixar o regime semiaberto para o inicial cumprimento da pena do paciente.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relator):

Cinge-se a controvérsia em determinar se o regime fixado para o inicial cumprimento de pena do paciente é o adequado.

Quanto ao ponto, mister destacar que a estipulação do regime inicial fechado - contida no § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072, que fora alterado pela Lei n.º 11.464/07 - foi superada pelo Pretório Excelso, órgão responsável pela análise de compatibilidade das leis com a Constituição Federal, em decisões recentes. A esse respeito, confira-se o teor do Informativo n.º 569 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

A Turma, superando a restrição fundada no Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu habeas corpus a condenado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33) para determinar que tribunal de justiça substitua a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos ou, havendo reversão, que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade se dê no regime aberto. Assentou-se que a quantidade de pena imposta - 3 anos -, não constando circunstâncias desfavoráveis ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente, que não registra antecedentes, permitiria não só que a pena tivesse início no regime aberto (CP, art. 33, § 2º, c), mas, também, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º, segunda parte). HC 101291/SP, Rel. Min. Eros Grau, 24.11.2009. (HC-101291)

O citado *writ* possui esta ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVE DO QUE O PREVISTO EM LEI. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCEÇÃO À SÚMULA 691.

Tráfico de entorpecentes. Fixação da pena. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena fixada em quantidade que permite a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos ou o início do cumprimento da pena no regime aberto. Imposição, não obstante, de regime fechado. Constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula 691/STF. Ordem concedida. (HC n.º 101.291/SP; Relator(a): Ministro Eros Grau; Julgamento: 24/11/2009; Segunda Turma; DJe-027 - 12-02-2010)

Diante disso, a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal (HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Registre-se, por oportuno, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em sessão extraordinária realizada no dia 27.6.2012, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07. Confira-se:

"Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n.º 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei n.º 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/07, o qual determina que *"a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado"*. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado." (HC n.º 111.840/ES; Relator(a): Ministro Dias Toffoli; Julgamento: 27/06/2012; Tribunal Pleno)

Assim, restou superada pela Suprema Corte e por este Tribunal Superior a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.

In casu, quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, assim manifestou-se o magistrado de primeiro grau (fls. 26/29):

"(...)

b) réu: Jackson Santos da Silva.

Sopesadas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e, tendo em vista o disposto no artigo 42, da Lei 11.143/06, fixo a pena no mínimo legal, tendo em vista a primariedade técnica do réu, ou seja, em 05 (cinco) anos de reclusão, além de 500 (quinhentos) dias-multa, com valor fixado no mínimo.

Ainda na primeira fase é importante salientar que as condenações indicadas nas certidões de fls. 231/232 não servem, segundo a jurisprudência pátria, para caracterização de maus antecedentes, considerando a data do trânsito em julgado e a data do crime imputado ao réu neste processo.

Na segunda fase de aplicação da pena não há agravantes e/ou atenuantes a serem consideradas.

Na terceira fase de aplicação da pena indefiro o pedido de aplicação da causa de redução de pena estabelecida pelo artigo 33, § 4º, da Lei 11343/2006.

O acusado demonstrou ter a vida dedicada para a 'arte do crime', praticando inicialmente crimes contra o patrimônio (furto e roubo) pelos quais foi devidamente condenado e prosseguindo com a atividade lucrativa de venda de drogas até a sua prisão em flagrante no mês de Abril de 2014.

As certidões de fls. 232/233 apontam para a personalidade deformada e voltada para a criminalidade do acusado, que também deixou de lado sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vida pessoal de lado e a possibilidade de busca de um emprego lícito, para iniciar a atividade de venda de drogas nesta cidade, lamentavelmente.

O acusado não preenche, portanto, os requisitos para obtenção do benefício, sempre lembrando do escopo do legislador quando da elaboração da Lei 11343/06 e da inclusão da referida causa de redução de pena, incompatível com a personalidade do réu.

(...)

Finalizando, os réus cumprirão as suas penas em regime inicial fechado, único compatível com o crime cometido, equiparado a hediondo, e com a gravidade das condutas relatadas na inicial acusatória, reiterando este Magistrado na íntegra o que foi acima discorrido sobre o delito especialmente quanto à reincidência do acusado Anderson e antecedentes criminais dos corréus Rogério e Jackson.

Não há falar na aplicação do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal nesta oportunidade, tendo em vista as penas cominadas e o tempo de custódia cautelar.

Os réus também não poderão recorrer em liberdade, permanecendo intactos os pressupostos indicados no artigo 312, do CPP.

4 - Posto isso e considerando o que mais consta dos autos, JULGO PROCEDENTE a ação penal para o fim de:

A) condenar os réus ANDERSON DEODATO DA SILVA, JACKSON SANTOS DA SILVA ao cumprimento da pena de 05 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo, por infração ao artigo 33, caput, da Lei 11.343/06.

(...)

Recomendem-se os réus na prisão onde se encontram."

O Colegiado estadual, por sua vez, manifestou-se nos seguintes termos (fls.

66/67):

"(...)

Em relação ao corréu JACKSON as penas-base foram fixadas no mínimo legal, tendo sido afastada qualquer hipótese de majoração, porquanto as certidões de fls. 321 e 232, conforme observado pela própria decisão recorrida dão conta, respectivamente, da condenação por furto, com recurso ainda pendente de julgamento, e condenação por roubo majorado, com trânsito em julgado para o MP em 18/02/2014 e para a defesa em 12/05/2014, ou seja, posterior ao fato dos autos, ocorrido em 16/04/2014.

Na segunda etapa do cálculo, não foram apontadas agravantes e/ou atenuantes e, por fim, na última fase, o privilégio foi afastado, de forma correta, por ter sido apurado nos autos, através das certidões noticiadas, de fls. 231 e 232 (furto e roubo), a dedicação do réu ao crime, condição que inviabiliza a benesse.

(...)

E as circunstâncias do delito impõem manutenção do inicial fechado para todos, ressaltada a reincidência de Anderson e maus antecedentes de Rogério.

(...)"



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, verifica-se que embora as instâncias ordinárias façam referência às circunstâncias do delito para fixar o regime inicial fechado, não apresentam elementos concretos, extraídos dos autos, aptos a fundamentar tal proceder. Ademais, verifica-se que todas as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis ao paciente, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal.

Dessa forma, constata-se que foi fixado o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

Com efeito, consoante esposado alhures, tais questões foram superadas pelos tribunais superiores, não configurando, portanto, fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso para os condenados pela prática dos delitos previstos na Lei n.º 11.343/2006, haja vista que, para estabelecer o regime prisional deve o Magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo artigo 33 e parágrafos, do Código Penal, o que não ocorreu na espécie.

Desse modo, fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação, e tendo sido a reprimenda final estabelecida em 5 anos de reclusão, é razoável o estabelecimento do regime semiaberto para o inicial cumprimento de pena (artigo 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal).

Ante o exposto, **concedo a ordem** para fixar o regime semiaberto para o inicial cumprimento de pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0326649-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 382.382 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00046565420148260278 20160000432398 46565420148260278

EM MESA

JULGADO: 21/02/2017

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: JULIA ALMEIDA BARANSKI
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JACKSON SANTOS DA SILVA
CORRÉU	: ANDERSON DEODATO DA SILVA
CORRÉU	: ROGERIO DE LIMA CANDIDO

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, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.