



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.267 - ES (2015/0170915-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : MARIA BRUINHARA PASSOS CRUZ E OUTRO
ADVOGADO : MARIA BRUINHARA PASSOS CRUZ E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : ELIANA DE SOUZA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CÓDIGO PENAL C/C ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. *WRIT* 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 Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com redação dada pela Lei n. 11.464/2007, exigindo assim, a fundamentação do regime imposto.

3. Com efeito, esta Corte Superior 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, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal. Entretanto, à luz da quantidade e natureza da droga apreendida, a jurisprudência desta Turma não recomenda a fixação de ditos regimes, devendo, em casos como o presente, prevalecer o mais gravoso.

4. Ademais, o art. 42 da Lei Antidrogas determina que "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

5. Deve o magistrado, ao fim e ao cabo, expor motivadamente sua escolha, atento as diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, o 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. Ausente de fundamentação na imposição do regime inicial fechado, com base nas circunstâncias do caso concreto, há ilegalidade flagrante a ser sanada.

6. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para determinar que o Juízo competente, analisando as circunstâncias do caso concreto, fundamente o regime prisional aplicado à hipótese.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gurgel de Faria.

Brasília (DF), 1º de dezembro de 2015(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.267 - ES (2015/0170915-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : MARIA BRUINHARA PASSOS CRUZ E OUTRO
ADVOGADO : MARIA BRUINHARA PASSOS CRUZ E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : ELIANA DE SOUZA (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **ELIANA DE SOUZA**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, assim ementado (e-STJ, fls. 34-44):

"EMBARGOS INFRINGENTES. ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. DIVERGÊNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. DIVERGÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE SEU RECONHECIMENTO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. NÃO PREENCHIMENTO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Para que haja o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, é necessário que o agente seja primário, detentor de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. *In casu*, há elementos que demonstram que a ré já praticara em outras oportunidades a prática da conduta delitiva de tráfico, sob a ação "guardar", o que impossibilita o reconhecimento da causa de diminuição almejada.
2. Também se depreende que houve apreensão elevada de quantidade de drogas e de caráter altamente nocivo, a saber, 149 (cento e quarenta e nove) pedras de "crack".
3. A manutenção da pena definitiva em 5 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, eis que não preenchida a norma legal do art. 44 do Código Penal.
4. Recurso conhecido e improvido."

Consta dos autos que após a absolvição no Juízo de primeiro grau, o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, por maioria, deu provimento à apelação do Ministério Público para condenar a paciente à pena de 5 (anos) de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multas, em regime inicialmente fechado, visto que guardava em sua residência, para fins de tráfico, 149 (cento e quarenta e nove) pedras de "crack" (e-STJ, fls. 12-23).

Inconformada, a Defesa manejou embargos infringentes, buscando a prevalência do voto divergente, que havia dado provimento ao apelo do *Parquet*, em menor extensão; contudo, também por maioria de votos, os embargos foram improvidos (e-STJ, fls. 36-44).

No *writ* em exame, sustenta a impetrante que o decreto prisional carece de motivação idônea e concreta acerca da necessidade do estabelecimento do regime prisional inicial fechado, de acordo com as exigências previstas nas Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e na Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça (e-STJ, fls. 1-11).

Requer a concessão da ordem para que seja fixado o regime prisional semiaberto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(e-STJ, fl. 10).

A liminar foi indeferida pelo Presidente do STJ, porquanto o *mandamus* não foi instruído com o inteiro teor dos embargos infringentes (e-STJ, fls. 26-27).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 47-51), manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *habeas corpus* (e-STJ, fls. 56-59).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.267 - ES (2015/0170915-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : MARIA BRUINHARA PASSOS CRUZ E OUTRO
ADVOGADO : MARIA BRUINHARA PASSOS CRUZ E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : ELIANA DE SOUZA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CÓDIGO PENAL C/C ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. *WRIT* 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 Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com redação dada pela Lei n. 11.464/2007, exigindo assim, a fundamentação do regime imposto.
3. Com efeito, esta Corte Superior 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, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal. Entretanto, à luz da quantidade e natureza da droga apreendida, a jurisprudência desta Turma não recomenda a fixação de ditos regimes, devendo, em casos como o presente, prevalecer o mais gravoso.
4. Ademais, o art. 42 da Lei Antidrogas determina que "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".
5. Deve o magistrado, ao fim e ao cabo, expor motivadamente sua escolha, atento as diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, o 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. Ausente de fundamentação na imposição do regime inicial fechado, com base nas circunstâncias do caso concreto, há ilegalidade flagrante a ser sanada.
6. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para determinar que o Juízo competente, analisando as circunstâncias do caso concreto, fundamente o regime prisional aplicado à hipótese.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Consta dos autos que a paciente foi condenada pela prática de tráfico de drogas à pena de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, em regime inicial fechado, nos termos seguintes (e-STJ, fls. 19-20):

"Quanto à primeira fase de dosagem da pena, comungo do entendimento sedimentado pela em. Relatora, pois, dada a natureza extremamente lesiva da droga apreendida, no caso, "crack", mostra-se justa a pena intermediária de cinco (5) anos de reclusão, além do pagamento de quinhentos (500) dias-multa.

(...)

Mediante tais fundamentos, pedindo venia a em. Des^a. Relatora, Catharina Maria Novaes Barcellos, hei por bem dela divergir e DAR PROVIMENTO ao recurso do Ministério Público para reformar a sentença e condenar a apelada Eliane de Souza pela prática do crime de tráfico de drogas (artigo 33 da Lei de Drogas) ao cumprimento da pena de cinco (5) anos de reclusão, além do pagamento de quinhentos (500) dias-multa, valorados no importe de um trigésimo (1/30) do valor do salário mínimo, vedada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e fixado o regime inicial de cumprimento da pena como sendo o fechado.

Condeno a apelada ao pagamento das custas processuais, alertando, desde já, que o não pagamento importará na inscrição do crédito na dívida ativa."

O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com redação dada pela Lei n. 11.464/07, exigindo assim, a fundamentação do regime imposto (HC 111.840, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 27/06/2012, Processo eletrônico DJe-249 Divulg 16-12-2013 Public 17-12-2013).

Com efeito, esta Corte Superior adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, seria possível a fixação de regime semiaberto ou aberto para o início do cumprimento da reprimenda, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal. Entretanto, à luz da quantidade e natureza da droga apreendida, a jurisprudência desta Turma não recomenda a fixação de ditos regimes, devendo, em casos como o presente, prevalecer o mais gravoso.

Ademais, o art. 42 da Lei Antidrogas determina que "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. [...] REGIME FECHADO FIXADO APENAS EM RAZÃO DA HEDIONDEZ DO DELITO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- A fixação do regime inicial fechado está fundamentada exclusivamente no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caráter hediondo do tráfico de drogas. Tendo em vista a definitividade do decreto condenatório, cabe ao juízo da execução reavaliar os elementos concretos dos autos, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do Código Penal, c.c. o art. 42 da Lei n. 11.343/06, para verificar qual o regime adequado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta ao paciente.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juízo das Execuções, com base em elementos concretos dos autos, analise a possibilidade de eventual modificação do regime inicial de cumprimento de pena."

(HC 254.071/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (Desembargador convocado do TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 28/10/2015.)

Deve o magistrado, ao fim e ao cabo, expor motivadamente sua escolha, atento as diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, o 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. Ausente de fundamentação na imposição do regime inicial fechado, com base nas circunstâncias do caso concreto, há ilegalidade flagrante a ser sanada.

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. TRÁFICO DE DROGAS. ILEGALIDADE MANIFESTA DECORRENTE DA FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONCESSÃO LIMINAR DA ORDEM.

1. Deve ser mantida por seus próprios fundamentos a decisão monocrática que concedeu liminarmente a ordem de habeas corpus para fixar ao paciente o regime prisional semiaberto, pois, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal (5 anos de reclusão), sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime inicial fechado foi imposto sem a indicação de qualquer justificativa idônea.

2. Agravo regimental improvido."

(AgRg no HC 242.130/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 19/08/2014.)

Diante do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. No entanto, **concedo** a ordem, de ofício, para determinar que o Juízo competente, analisando as circunstâncias do caso concreto, fundamente o regime prisional aplicado à hipótese.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0170915-7

HC 330.267 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00039214320098080069 069090039210 39214320098080069 69090039210

EM MESA

JULGADO: 01/12/2015

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 : MARIA BRUINHARA PASSOS CRUZ E OUTRO
ADVOGADO : MARIA BRUINHARA PASSOS CRUZ E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : ELIANA 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 Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gurgel de Faria.