



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 351.924 - SP (2016/0073821-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : TATIANA ELISA MARÃO BERAQUET
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE FELIPE CASSIMIRO (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. MODO INTERMEDIÁRIO. REGIME ADEQUADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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.
2. 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.
3. O regime inicial semiaberto, mais gravoso do que a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão comporta, deve ser mantido, diante da gravidade concreta do delito, evidenciada pela natureza de uma das drogas apreendidas (11 *eppendorfs* de crack) de alto poder viciante, além de 9 porções de maconha, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.
4. *Habeas corpus* não conhecido, com a cassação da liminar anteriormente deferida.

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 cassar a liminar anteriormente deferida. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de maio de 2016(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 351.924 - SP (2016/0073821-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : TATIANA ELISA MARÃO BERAQUET
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE FELIPE CASSIMIRO (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **JOSÉ FELIPE CASSIMIRO**, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, inicialmente em regime semiaberto, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, aplicada a minorante do § 4º do mesmo dispositivo. Não lhe foi permitido recorrer em liberdade.

Em sede de apelação, o Tribunal *a quo* manteve *in totum* a sentença condenatória.

Neste *habeas corpus*, o impetrante sustenta que: a) "o paciente trazia consigo e tinha em depósito, para fins de tráfico, 03 porções de maconha, pesando 10,8 gramas e 11 'eppendorfs' de *crack*, pesando 7,1 gramas" (e-STJ, fl. 2); b) "em razão da incontroversa primariedade do paciente e da quantidade de pena aplicada inferior a 2 anos de reclusão, ele faz jus à obtenção de regime aberto para início de cumprimento de pena, à luz do que dispõe o artigo 33, parágrafo 2º, letra c, do Código Penal" (e-STJ, fl. 6).

Pleiteia a concessão da ordem, liminarmente, para que seja fixado o regime aberto para cumprimento da pena.

A liminar foi deferida para permitir que o paciente aguarde o julgamento do mérito deste *habeas corpus* no regime aberto, se, por outro motivo, não estiver cumprindo pena em regime mais gravoso.

Informações prestadas (e-STJ, fls. 81/87 e 89/121).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento deste *writ* (e-STJ, fls. 125-127).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 351.924 - SP (2016/0073821-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : TATIANA ELISA MARÃO BERAQUET
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE FELIPE CASSIMIRO (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. MODO INTERMEDIÁRIO. REGIME ADEQUADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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.
2. 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.
3. O regime inicial semiaberto, mais gravoso do que a pena de 1 anos e 8 meses de reclusão comporta, deve ser mantido, diante da gravidade concreta do delito, evidenciada pela natureza de uma das drogas apreendidas (11 *eppendorfs* de crack) de alto poder viciante, além de 9 porções de maconha, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.
4. *Habeas corpus* não conhecido, com a cassação da liminar anteriormente deferida.

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.

Consoante se extrai do teor da sentença condenatória, verifico que o magistrado, embora amparado na hediondez do delito de tráfico de drogas, fixou o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena de forma excepcional, a seu ver, considerando o fato de que o paciente tinha confessado o delito:

"A pena imposta ao réu será cumprida em regime inicial semi-aberto, considerando o fato de se tratar de crime equiparado a hediondo. Apesar de o STF já ter decidido, em sede de controle difuso, pela inconstitucionalidade da regra que determina a obrigatoriedade de adoção de regime inicial fechado para os crimes hediondos e equiparados (Lei 8.072/90, art. 2º, § 1º), o citado precedente não possui força vinculante.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por outro lado, ainda que, de fato, não possa a lei vedar, aprioristicamente, a adoção de um regime inicial diverso do fechado, mesmo para os crimes hediondos e equiparados, entendo que, no caso de delito de tráfico de drogas, a adoção de regime mais brando deve ser excepcional, somente possível em casos específicos. No caso concreto, entendo preenchida a excepcionalidade da imposição de regime inicial semi-aberto, uma vez que, de fato, o acusado foi encontrado com drogas para fins de traficância, mas em quantidade não muito alta, além de ter apresentado, em juízo, a sua confissão, desejando, com isso, colaborar com a justiça. Se, por um lado, a atenuante de confissão não serviu para diminuir a sua pena, em razão da vedação constante da Súmula 231/STJ, deve servir, neste momento, para a fixação do regime semi-aberto." (e-STJ, fls. 14-16).

No entanto, esta Corte detém entendimento pacificado de que a obrigatoriedade do cumprimento inicial em regime 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, a referência relativa à hediondez e à gravidade abstrata do delito para a fixação do regime mais rigoroso deve ser sempre afastada em casos como este.

Neste caso, embora o Tribunal *a quo* tenha inicialmente declarado posição no sentido de que todo traficante deve ser mantido em regime fechado, ao negar provimento ao recurso de apelação, considerou a natureza da droga (*crack*) para justificar a imposição de regime intermediário. Confira-se o seguinte trecho do voto:

"O traficante, ainda que considerado pequeno não é a hipótese dos autos, não pode reunir mérito para cumprir a pena em outro regime que não o fechado, na esteira do art. 33, em concerto com o art. 59, todos do Código Penal.

Questiona-se: pode o vendedor de tal substância ser agraciado com outro regime que não o fechado?

Tem este agente nefasto o direito de cumprir uma pena alternativa num hospital ou abrigo para menores? Razoável que o vendedor desta substância venha a cumprir pena em regime aberto? Ou que cumpra uma prestação de serviços à comunidade? E se a pena alternativa for prestação pecuniária, d'onde virá o numerário?

A resposta há que ser negativa.

Tais circunstâncias, reunidas, à luz do art. 33, em concerto com o art. 59, do Código Penal, associado, ainda, o art. 42, da Lei n. 11.343/06, vez que a droga comercializada é *crack*, cujo poder vulnerante é altíssimo, abrem passagem para a fixação do regime prisional fechado, nela existindo concreta e devida fundamentação" (e-STJ, fl. 86).

Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, com efeito, 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, observar o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na espécie, observa-se que o Tribunal *a quo* manteve o cumprimento inicial em regime semiaberto, com fundamento na natureza da droga apreendida, em total conformidade com a jurisprudência desta Corte.

Sendo assim, o regime semiaberto, mais gravoso do que a pena de 1 anos e 8 meses de reclusão comporta, deve ser mantido, diante da gravidade concreta do delito, evidenciada pela natureza de uma das drogas apreendidas (11 *eppendorfs* de *crack*) de alto poder viciante, além de 9 porções de maconha, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

A propósito, confira-se:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADA À PENA CORPORAL DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA QUE JUSTIFICA A FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA (1/2) UTILIZADA. REGIME SEMIABERTO ADEQUADO TAMBÉM PELA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA, QUE DEMONSTRA A GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- Deve ser mantida a fração redutora de 1/2, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando a sentença e o acórdão recorridos, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamentam o patamar escolhido, concretamente, na quantidade da droga apreendida, qual seja, 43 tijolos de maconha, pesando 129g. Ademais, alterar a conclusão a que chegou as instâncias ordinárias implica, sem dúvida, revolver o acervo fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*.

- 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.

- As referências feitas à hediondez do delito devem ser afastadas como fundamento utilizado para o estabelecimento do regime mais gravoso pelas instâncias ordinárias.

- O regime semiaberto, mais gravoso do que a pena de 2 anos e 6 meses de reclusão comporta, deve ser mantido ante a gravidade concreta do delito, evidenciada pela considerável quantidade da droga apreendida com a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente - 43 tijolos de maconha, pesando 129g -, elemento que recomenda o regime mais gravoso para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

- *Habeas corpus* não conhecido." (HC 279.016/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016)

Portanto, entendo pela ausência de constrangimento ilegal imposto ao paciente.

Diante do exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*, devendo ser cassada a liminar anteriormente deferida.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0073821-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 351.924 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00361365720148260114 16342014 361365720148260114

EM MESA

JULGADO: 03/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : TATIANA ELISA MARÃO BERAQUET
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE FELIPE CASSIMIRO (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 cassou a liminar anteriormente deferida."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.