



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aglnt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.142.322 - SP (2017/0192251-0)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : SANDRA REGINA DO NASCIMENTO FERREIRA
ADVOGADO : MAURO APARECIDO ASSUNÇÃO - SP147589
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INTEMPESTIVIDADE DO APELO NOBRE. PRAZO COMPUTADO NOS MOLDES DO ART. 798 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA RECLUSIVA DE 1 ANO, 11 MESES e 10 DIAS. REGIME FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES ALTERNATIVAS. REFERÊNCIA À HEDIONDEZ DO CRIME. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA.

1. A agravante foi intimada do acórdão que julgou a apelação criminal em 29/9/2016 (quinta-feira), findando o prazo para interpor recurso especial em 14/10/2016 (sexta-feira). Todavia, o recurso especial foi protocolado somente em 20/10/2016, após escoado o prazo legal.

2. *"A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que, em ações que tratam de matéria penal ou processual penal, não incidem as novas regras do Código de Processo Civil — CPC, referentes à contagem dos prazos em dias úteis (art. 219 da Lei 13.105/2015), ante a existência de norma específica a regular a contagem do prazo (art. 798 do CPP), uma vez que o CPC é aplicado somente de forma suplementar ao processo penal"* (AgRg no AREsp 981.030/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/2/2017, DJe 22/2/2017).

3. Cominada a pena reclusiva de 1 ano, 11 meses e 10 dias, tendo em vista a apreensão de 26,15g (vinte e seis gramas e quinze centigramas) de cocaína e 9,16g (nove gramas e dezesseis centigramas) de maconha, verifico flagrante ilegalidade na fixação do regime fechado e no indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

4. Com efeito, estipulada a pena-base no mínimo legal, reconhecida a primariedade da agente e cominada a minorante do tráfico privilegiado na fração máxima, não é possível negar esses benefícios com espeque na hediondez do delito e na quantidade de estupefaciente apreendido que, no caso, é inexpressiva. Incidência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719/STF.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Agravo regimental desprovido. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para fixar o regime aberto e conceder a substituição da pena.

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, por unanimidade, negar provimento ao agravo, concedendo *habeas corpus* de ofício nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília, 1º de março de 2018 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.142.322 - SP (2017/0192251-0)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AGRAVANTE : SANDRA REGINA DO NASCIMENTO FERREIRA
ADVOGADO : MAURO APARECIDO ASSUNÇÃO - SP147589
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Cuida-se de agravo regimental interposto por SANDRA REGINA DO NASCIMENTO FERREIRA contra decisão proferida pela Presidência desta Corte, que não conheceu do agravo em razão da intempestividade do recurso especial (e-STJ fls. 593/594).

Consta nos autos que a agravante foi condenada às penas de 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime fechado, e 388 dias-multa, pela prática do crime do art. 33, *caput* e § 4º, c/c o art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista que acondicionou sob o solado de um tênis e remeteu, via *sedex*, **26,15g** (vinte e seis gramas e quinze centigramas) de **cocaína** e **9,16g** (nove gramas e dezesseis centigramas) de **maconha** para seu irmão, que cumpria pena em estabelecimento prisional. Foi-lhe indeferido o benefício do art. 44 do CP.

A apelação criminal da defesa foi parcialmente provida para aumentar a fração decorrente da minorante no patamar máximo de 2/3, redimensionando as penas para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 193 dias-multa. O acórdão foi assim ementado (e-STJ fl. 389):

APELAÇÃO CRIMINAL - Tráfico de drogas - Autoria e materialidade delitiva comprovadas - Decisão condenatória que se impõe - Impossibilidade de absolvição - Penas readequadas - Regime inicial fixado com critério - Recurso parcialmente provido.

Opostos embargos de declaração, esses foram parcialmente acolhidos, sem modificação do julgado.

Irresignada, a defesa interpôs recurso especial, com base na alínea "a"



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do permissivo constitucional, alegando violação aos arts. 33, § 2º, alínea "c", e 44, III, do CP. Argumentou que deveria ser fixado o regime aberto e substituída a pena privativa de liberdade por sanções alternativas, tendo em vista que se trata de ré primária, todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP foram julgadas favoráveis, além de ter sido reconhecido o privilégio constante no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

Inadmitido o apelo extremo, os autos subiram a esta Corte em virtude de agravo, que, entretanto, não foi conhecido.

Contra a decisão de e-STJ fls. 593/594, a defesa interpõe o presente agravo regimental. Em suas razões, argumenta que a contagem do prazo de 15 dias deve ser feita em dias úteis, conforme previsto nos arts. 219 e 1.003, § 5º, do Código de Processo Civil. Aduz que toda a disciplina conferida aos recursos especial e extraordinário está disposta expressamente na Lei n. 13.105/2015, de forma a suplantar a disciplina do art. 798 do Código de Processo Penal.

Assim, requer que seja reconsiderada a decisão agravada ou que o presente recurso seja levado para apreciação da Turma competente. Alternativamente, pleiteia a concessão de *habeas corpus*, de ofício.

Instada a se manifestar, a parte recorrida deixou transcorrer *in albis* o prazo para contraminuta (e-STJ fl. 631).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.142.322 - SP (2017/0192251-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

A decisão agravada não comporta reparos.

Depreende-se dos autos que, a despeito das alegações tecidas no agravo regimental, o acórdão que julgou a apelação criminal foi publicado em 29/9/2016 (quinta-feira), findando o prazo para recorrer em 14/10/2016 (sexta-feira). Todavia, o recurso especial foi protocolado apenas em 20/10/2016 (e-STJ fl. 427), após escoado o prazo legal de 15 dias corridos.

Vale registrar que "a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que, em ações que tratam de matéria penal ou processual penal, não incidem as novas regras do Código de Processo Civil - CPC, referentes à contagem dos prazos em dias úteis (art. 219 da Lei n. 13.105/2015), ante a existência de norma específica a regular a contagem do prazo (art. 798 do CPP), uma vez que o CPC é aplicado somente de forma suplementar ao processo penal" (AgRg no AREsp 981.030/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/2/2017, DJe 22/2/2017).

A propósito:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO CONTRA DECISÃO DENEGATÓRIA DE RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO FORA DO PRAZO LEGAL. INTEMPESTIVIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Nos termos do entendimento desta Corte, nas ações que tratam de matéria penal ou processual penal não incidem as regras do artigo 219 do novo Código de Processo Civil, referente à contagem dos prazos em dias úteis, porquanto o Código de Processo Penal, em seu artigo 798, possui disposição específica a respeito da contagem dos prazos, in verbis: "Todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 962.681/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 10/10/2016)

No entanto, verifico flagrante ilegalidade, a ensejar a concessão de *habeas corpus*, de ofício.

Conforme relatado, a agravante foi condenada às penas de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime fechado, e 193 dias-multa, pela prática do crime do art. 33, *caput* e § 4º, c/c o art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista que acondicionou sob o solado de um tênis e remeteu, via *sedex*, **26,15g** (vinte e seis gramas e quinze centigramas) de **cocaína** e **9,16g** (nove gramas e dezesseis centigramas) de **maconha** para seu irmão, que cumpria pena em estabelecimento prisional. Foi-lhe indeferido o benefício do art. 44 do CP.

As instâncias ordinárias fixaram a pena-base no mínimo legal, reconhecendo, ainda, a primariedade da agente. Na terceira fase, foi aplicada a minorante no patamar máximo de 2/3, com base, inclusive, na quantidade de estupefaciente apreendido (e-STJ fl. 397).

No entanto, o recrudescimento do regime e o indeferimento das sanções alternativas foram assim fundamentados no acórdão recorrido (e-STJ fls. 398/400):

*Em relação ao regime de cumprimento de pena, mantém-se o inicial fechado, já fixado pela r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos, considerando-se aqui, além da **hediondez do delito** por equiparação, a gravidade e nocividade concreta da conduta, também evidenciada pela **quantidade e pela natureza da droga apreendida**, o que recomenda que o desconto das penas privativas de liberdade seja iniciado em regime mais severo.*

Ademais, entende-se que a determinação dada pela Lei n. 11.464/07 está em consonância com o princípio da isonomia, visto que trata de maneira distinta aquele que pratica delito que a própria Constituição Federal considera mais grave. A determinação legal de fixação do regime inicial fechado não impede a devida individualização da pena durante sua execução, quando, conforme as circunstâncias objetivas e subjetivas relacionadas a cada sentenciado, é possível a progressão de regime e obtenção de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

outros benefícios previstos na Lei de Execução Penal.

[...]

Pelos mesmos fundamentos e evidenciadas as peculiaridades do crime equiparado a hediondo, no caso concreto, não se impõe a substituição dessa pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, já que a culpabilidade exacerbada da apelante não autoriza essa benesse (cf. artigo 44, inciso III, do Código Penal). (Grifei)

De início, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de ser incabível a imposição do regime inicial de cumprimento da pena mais gravoso, bem como a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, com fundamento na hediondez ou na gravidade abstrata do delito.

Confira-se, a respeito, o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. VALORAÇÃO NA TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência firmou o entendimento de que, como o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, especialmente, o disposto no art. 42 da Lei de Drogas.

2. Não há ilegalidade a ser sanada na terceira etapa da dosimetria, pois as instâncias antecedentes destacaram, para a aplicação do percentual de 1/3 de diminuição da pena, a natureza altamente lesiva da droga apreendida (crack), elemento que não foi valorado para a fixação da pena-base.

3. Mesmo para os crimes hediondos ou os a eles equiparados, cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, então, seja escolhido o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, tem-se que a mera invocação desse dispositivo, como foi feito na espécie, não serve para justificar a fixação do regime mais gravoso, haja vista que, para estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena, deve o magistrado avaliar o caso concreto, de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos do Código Penal.

5. Ante a declaração de inconstitucionalidade, pela Corte Suprema, da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma normativo, mostra-se possível, em princípio, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006.

6. Para tanto, devem ser preenchidos, cumulativamente, os requisitos objetivos e subjetivos exigidos no art. 44 do Código Penal, não sendo possível negar a benesse com base na hediondez e na gravidade abstrata do crime de tráfico, consoante hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

7. Como a condenação do paciente já transitou em julgado, cabe ao Juízo das Execuções avaliar a possibilidade de imposição de regime prisional mais brando e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o Tribunal de origem não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos, à luz dos preconizados arts. 33 e 44 do Código Penal.

8. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para que o Juízo das Execuções, mediante concreta fundamentação, analise a possibilidade de fixação de regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do CP, e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, de acordo com o art. 44 do CP (HC 323.502/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe 08/09/2015).

No caso, as instâncias ordinárias estabeleceram o regime inicial fechado, bem como negaram a substituição da pena, com espeque na hediondez do delito, sem apontar elementos concretos dos autos que efetivamente evidenciassem a inadequação do regime inicial aberto ou da substituição da pena.

Ressalte-se, ademais, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 118.533/MS, **afastou o caráter hediondo do tráfico**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

privilegiado, o que evidencia de forma mais contundente a inidoneidade da imposição do regime fechado e o afastamento da substituição.

Além disso, não autorizam o afastamento dos benefícios a quantidade e a natureza do estupefaciente apreendido, uma vez que elas não se revelam significativas e não há, no caso, nenhuma outra particularidade a evidenciar a gravidade concreta e extraordinária da conduta.

Aplicam-se ao caso, portanto, as Súmulas n. 440/STJ, 718 e 719/STF, que preconizam, respectivamente:

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Assim, na hipótese em testilha, vejo que a agravante faz jus a tais benesses, notadamente quando as circunstâncias judiciais foram consideradas totalmente favoráveis, evidenciada a primariedade, e o redutor foi aplicado na fração máxima, em observância aos arts. 33, § 2º, "a", e 44 do CP.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90. AFASTADA. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO. ADOÇÃO DO POSICIONAMENTO DO PLENÁRIO DO STF. ORDEM NÃO CONHECIDA. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal. Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. O Plenário da Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 118.533/MS, adotou novo posicionamento no sentido de que o tráfico de entorpecentes privilegiado não se harmoniza com a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos, pois o tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa.

3. Interpretando-se as disposições contidas no § 4º do art. 33 e no art. 44, ambos da Lei de Drogas, constata-se a intenção do legislador em diferenciar o tratamento do traficante eventual, tanto concedendo-lhe a redução do privilégio, quanto permitindo-lhe a concessão da fiança, do sursis, da graça, do indulto, da anistia e da liberdade provisória, benefícios negados aos que se enquadram no caput e § 1º do art. 33 do mencionado diploma.

4. Imperioso afastar a natureza hedionda da Lei 8.072/90 ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes quando reconhecida a sua forma privilegiada, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

5. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para afastar a natureza hedionda do tráfico privilegiado, determinando ao Juízo das Execuções o recálculo das penas do paciente. (HC 372.492/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 1º/12/2016, DJe 13/12/2016, grifei)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental. Concedo *habeas corpus*, de ofício, a fim de alterar o regime inicial para o aberto e conceder a substituição da pena imposta à agravante por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

É o voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0192251-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgInt no**
AREsp 1.142.322 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00054402320118260638 20160000287621 20160000695958 54402320118260638 846/2011
84611 8462011 RI002SIGQ0000

EM MESA

JULGADO: 01/03/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS FREDERICO SANTOS**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : SANDRA REGINA DO NASCIMENTO FERREIRA
ADVOGADO : MAURO APARECIDO ASSUNÇÃO - SP147589
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : SANDRA REGINA DO NASCIMENTO FERREIRA
ADVOGADO : MAURO APARECIDO ASSUNÇÃO - SP147589
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, negou provimento ao agravo, concedendo habeas corpus de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.