



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 420.304 - RS (2017/0264028-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : CLAUDIO LEMES CAVALHEIRO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ARTS. 33 E 35 DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 8 ANOS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO NO QUE TANGE AO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INVIABILIDADE DE ANÁLISE NA VIA ELEITA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O ACUSADO DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PEDIDO PREJUDICADO. REGIME PRISIONAL. PENAS-BASE FIXADAS NO PISO LEGAL E MONTANTE TOTAL DA PENA QUE COMPORTA O REGIME INICIAL SEMIABERTO. INTELIGÊNCIA DOS ENUNCIADOS N. 440 DA SÚMULA DO STJ E N. 718 E 719 DA SÚMULA DO STF. EXTENSÃO À CORRÉ, NOS TERMOS DO ART. 580 DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

– Para a caracterização do crime de associação para o tráfico, é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não se subsume ao tipo do artigo 35 da Lei 11.343/2006.

– Na espécie, a Corte local consignou que, diante das circunstâncias do caso, o vínculo associativo entre o paciente e sua esposa era evidente e não eventual, de modo que alterar tal entendimento implica, sem dúvidas, revolvimento fático-probatório, incabível na estreita via do *habeas corpus*, de cognição sumária. Precedentes.

– Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

– A teor da jurisprudência desta Corte, *a condenação por associação para o tráfico de drogas obsta a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, uma vez que demanda a existência de animus associativo estável e permanente no narcotráfico, revelando, assim, a dedicação do paciente à atividade criminosa* (HC 365.645/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 09/03/2017, DJe 16/03/2017).

– Na espécie, infere-se que o Tribunal local conferiu legalidade ao não reconhecimento do privilégio, ao destacar que a condenação do paciente pelo delito de associação para o tráfico é circunstância indicativa do tráfico habitual, de modo que inexistente o constrangimento ilegal alegado pela defesa. Para modificar tal entendimento, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução probatória, providência vedada na via estreita do *habeas corpus*, de cognição sumária. Precedentes.

– Inalterada a pena corporal, fica inviável o acolhimento do pleito de sua substituição por medidas restritivas de direito, pois o montante da sanção não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do CP.

– O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 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.

– Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessário fundamentação específica, com base em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719 do STF.

– Hipótese em que, considerando a pequena quantidade de droga apreendida, a fixação das penas-base dos delitos de tráfico e associação para o tráfico no mínimo legal e tendo em vista a primariedade do paciente, deve ser estabelecido o regime inicial semiaberto, nos termos do disposto no art. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do Código Penal, para a prevenção e repressão do delito. Precedentes.

– Estando a corré Carina da Silva Cavalheiro, no que tange ao regime prisional, na mesma situação fático-processual do ora paciente, devem ser-lhe estendidos os efeitos do presente *decisum*, nos termos do art. 580 do CPP.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto em favor do paciente, estendendo os efeitos do presente *decisum* à corré, mantidos os demais termos da condenação.

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, com extensão à corré Carina da Silva Cavalheiro, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 05 de dezembro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 420.304 - RS (2017/0264028-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : CLAUDIO LEMES CAVALHEIRO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de CLAUDIO LEMES CAVALHEIRO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no julgamento da Apelação n. 0154693-39.2017.8.21.7000.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, e art. 35 da Lei n. 11.343/2006 às penas de 8 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.200 dias-multa (fls. 383/398).

Inconformada com a sentença, apelou a defesa. O Tribunal *a quo*, por maioria, negou provimento ao recurso defensivo (fls. 188/202).

Na presente impetração, a defesa sustenta haver constrangimento ilegal na condenação do paciente pelo crime de associação para o tráfico, ao fundamento de estar ausente, no caso, o dolo específico de associar-se de forma estável e permanente, requisito necessário à configuração do referido delito.

Aponta, ademais, constrangimento ilegal em razão da dosimetria realizada pelas instâncias ordinárias, pois o paciente faz *jus* à aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, em seu grau máximo, uma vez que estão preenchidos os requisitos legais para a concessão do benefício.

Por fim, aduz que deve ser fixado o regime inicial mais brando e substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, que o paciente seja absolvido da prática do delito de associação para o tráfico, seja aplicado do redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, fixado o regime inicial mais brando para o cumprimento de pena e substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Pedido liminar indeferido (fls. 532/533).

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo não conhecimento do *writ* (fls. 538/545).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 420.304 - RS (2017/0264028-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpra analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca-se, na presente impetração, o afastamento da condenação pelo delito de associação pelo tráfico e o reconhecimento, em relação ao delito de tráfico de entorpecentes, do privilégio, com a consequente redução da pena, o abrandamento do regime prisional e a aplicação do art. 44 do CP.

No caso, o acórdão recorrido, ao tratar da condenação pelo tipo do art. 35 da Lei n. 11.343/2006, assentou que (fls. 514/515):

Ademais, além de caracterizada a prática do delito de tráfico, no presente feito também ficou devidamente comprovada a associação para a traficância, na medida em que as intensas investigações policiais indicaram que os réus Cláudio e Carina, companheiros, atuavam em associação criminosa, dividindo as tarefas relativas à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

narcotraficância.

Realmente, a prova dos autos aponta que existia um acordo prévio entre eles objetivando o estabelecimento de uma associação estável, restando demonstrado que armazenavam a droga na residência de ambos e também nas residências vizinhas, sendo que Carina fazia a entrega dos entorpecentes junto com o marido Cláudio, como a prova claramente mostrou, em especial as testemunhas e as fotos/vídeos obtidos pelos policiais.

Veja-se que os depoimentos dos policiais narraram com detalhes a operação organizada que acontecia entre o casal Cláudio e Carina, com grande movimentação de usuários na residência e temor da vizinhança, restando demonstrado que praticaram o tráfico de drogas e associação ao tráfico.

Assim, o ânimo associativo, de fato, ficou devidamente evidenciado pelo tipo de ajuste feito entre os réus, verificando-se que estavam juntos, sendo claro o propósito de estabilidade e permanência entre o casal.

Para a caracterização do crime de associação para o tráfico, é imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não se subsume ao tipo do artigo 35 da Lei 11.343/2006.

Na espécie, da leitura do excerto acima transcrito, infere-se que a Corte local consignou que, diante das circunstâncias do caso, o vínculo associativo entre o paciente e sua esposa era evidente e não eventual, de modo que alterar tal entendimento implica, sem dúvidas, revolvimento fático-probatório, incabível na estreita via do *habeas corpus*, de cognição sumária.

Nessa linha:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. VÍNCULO ESTÁVEL E PERMANENTE ENTRE OS CORRÉUS. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. LIVRAMENTO CONDICIONAL E TRANSFERÊNCIA DE PRESÍDIO. MATÉRIAS NÃO DEBATIDAS NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. WRIT NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONHECIDO.

(...)

2. A pretensão de absolvição pelo delito de associação para o tráfico, sob a alegação de que o paciente não estava associado de forma estável e permanente na prática reiterada do comércio ilícito de entorpecentes, demanda, necessariamente, o revolvimento do conteúdo fático probatório dos autos, providência inviável em sede de habeas corpus. Precedentes.

(...)

7. Habeas corpus não conhecido. (HC 402.691/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 28/08/2017) - grifei.

Prosseguindo, a defesa requer o reconhecimento da causa de diminuição do privilégio, com a consequente redução da pena e abrandamento do regime prisional.

Sabe-se que, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

Por outro lado, a teor da jurisprudência desta Corte, *a condenação por associação para o tráfico de drogas obsta a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, uma vez que demanda a existência de animus associativo estável e permanente no narcotráfico, revelando, assim, a dedicação do paciente à atividade criminosa* (HC 365.645/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 16/03/2017).

No caso, o sentenciante não reconheceu a minorante em questão com lastro nos seguintes fundamentos (fl. 391):

Por fim, ausentes causas de aumento ou diminuição da pena. Destaco que deixo de aplicar o disposto no § 4º, do artigo 33 da Lei 11.343/06, pois, embora o réu não seja reincidente, há indícios de ele faz da traficância um meio de vida.

O Tribunal local, do mesmo modo, manteve a não aplicação do redutor,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tendo o voto condutor do acórdão recorrido assentado que (fl. 515):

Inviável, outrossim, a concessão da minorante do § 4º do art. 33, uma vez que condenado também por associação para o tráfico, demonstrando a prova seu maior envolvimento na traficância e universo criminoso. Além do mais, não comprovou atividade lícita.

Da leitura dos excertos acima transcritos, verifica-se que as instâncias ordinárias não reconheceram a figura do tráfico privilegiado com lastro em fundamentação idônea, consubstanciada na comprovação da dedicação do paciente às atividades ilícitas, pois associou-se para a prática do tráfico ilícito de entorpecentes, elemento apto a justificar o afastamento do redutor em tela.

Logo, tendo havido fundamentação concreta, pelo Tribunal local, para não aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, concluo que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o paciente não integra organização criminosa ou não se dedica às atividades ilícitas, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do *habeas corpus*, de cognição sumária.

Nessa linha:

PENAL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE AUTORIA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. CONDENAÇÃO EM 1º GRAU. TRÁFICO, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E CORRUPÇÃO DE MENORES. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. CORRUPÇÃO DE MENORES. FATO E AUTORIA COMPROVADOS. NOVA DEFINIÇÃO JURÍDICA. ENQUADRAMENTO DO FATO (CORRUPÇÃO DE MENORES) COMO CAUSA DE AUMENTO DE PENA E NÃO COMO CRIME AUTÔNOMO. REDUÇÃO DA PENA. EMENDATIO LIBELLI. DESNECESSIDADE. FATO DESCRITO NA DENÚNCIA. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DIVERSO. POSSIBILIDADE. REFORMATIO IN PEJUS NÃO CONFIGURADA. AFASTAMENTO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. ATIVIDADE CRIMINOSA. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONTRARIEDADE A PRECEITO DE LEI FEDERAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO IMPROVIDO.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Nos termos do entendimento desta Corte, a configuração do crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei 11.343/06) é suficiente para afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena contida no § 4º do art. 33, na medida em que evidencia a dedicação do agente à atividade criminosa.

(...)

6. Recurso especial improvido. (REsp 1626399/RO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 14/08/2017) - grifei.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERESTADUAL DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGAÇÃO DE INIDONEIDADE DAS PROVAS QUE ENSEJARAM A CONDENAÇÃO. TESTEMUNHAS POLICIAIS CORROBORADAS POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. INCOMPATIBILIDADE. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...)

4. Demonstrado o dolo de associação de forma estável e permanente para a prática do tráfico ilícito de entorpecente, resultante na condenação pelo crime tipificado no art. 35 da Lei nº 11.343/06, resta inviável a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º do mesmo diploma legal, já que, comprovada a dedicação a atividades criminosas, não há o preenchimento dos requisitos para o benefício. (...)

8. Habeas corpus não conhecido. (HC 393.516/MG, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 30/06/2017) - grifei.

Inalterada a pena corporal, fica inviável o acolhimento do pleito de sua substituição por medidas restritivas de direitos, pois o montante da sanção não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do CP.

Quanto ao regime prisional, sabe-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

O regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

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.

Nesse mesmo sentido, as Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis*:

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.

Na espécie, o sentenciante fixou o regime inicial fechado para a pena de 8 anos de reclusão, com base nos seguintes fundamentos (fl. 396):

Como já afirmado, a Lei n^o 11.343/06 determina que, para fins de fixação da pena, devem preponderar, sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Entendo que essas circunstâncias também devem balizar a fixação do regime inicial de cumprimento da pena, ajustando-se ao disposto no artigo 33, do Código Penal.

No presente caso, o crime de tráfico de drogas e de associação ao tráfico equiparam-se ao hediondo, para o qual é exigido o cumprimento de 3/5 da pena para progressão e nessas circunstâncias o regime inicial de cumprimento da pena que melhor atende aos comandos legais acima expostos, é o inicialmente fechado, para ambos os réus.

Do mesmo modo, o acórdão recorrido manteve o regime inicial fechado, tendo o voto condutor assentado que (fls. 516/517):

Foi fixado o regime fechado, com base na Lei dos crimes hediondos e art. 33 do CP.

Com efeito, o art. 33 do CP, após traçar parâmetros objetivos em seu § 2^o, determina o seguinte, no texto de seu § 3^o:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 3ª - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

A Lei de Drogas, a seu turno, prevê expressamente, no seu art. 42, 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".

A Lei de Drogas, a seu turno, prevê expressamente, no seu art. 42, 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".

Assim, no meu entendimento, a natureza e a quantidade de drogas, considerado seu caráter preponderante sobre o art. 59 do CP, expressamente previsto, invariavelmente devem ser sopesadas na fixação do regime inicial de cumprimento da pena, ajustando-se, tal entendimento, à previsão contida no § 3º do art. 33 do CP.

No caso concreto, a apreensão foi de crack, o que não comporta, no meu entendimento, fixação de regime mais brando que o fechado.

Isso porque a droga referida figura dentre as que mais atingem o bem jurídico tutelado pela norma penal (saúde pública), sendo notória sua lesividade, de tal modo que o regime inicial fechado é o único que se mostra adequado para conferir à presente condenação o caráter preventivo e punitivo dela esperado.

Pela leitura do excerto acima transcrito, constata-se que, embora o paciente seja primário e a pena de 8 anos de reclusão comporte, em princípio, o regime inicial semiaberto, o acórdão recorrido fundamentou a necessidade do regime fechado com base na nocividade da droga apreendida.

Com efeito, nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a natureza/quantidade da droga apreendida e a gravidade concreta do delito constituem fundamentos idôneos a justificar a imposição do regime mais severo, inexistindo, em tese, ilegalidade a ser sanada.

Ocorre, todavia, que, embora a nocividade da droga seja fundamento válido para o recrudescimento do regime prisional, a quantidade de entorpecente apreendida não foi muito elevada (18 pedras de crack), de modo que não se justifica a imposição do regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva de 8 anos, cujas penas-base foram estabelecidas no mínimo legal, fazendo *jus* o paciente ao regime intermediário, qual seja, o semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, “b”, e § 3º, do Código Penal.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO A 8 ANOS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO POSTERIOR. NÃO CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. OFENSA À SÚMULA N. 444/STJ. EXCLUSÃO DO AUMENTO PELA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA, SEM REPERCUSSÃO, CONTUDO, NO MONTANTE FINAL DA PENA. REGIME PRISIONAL. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL E MONTANTE DA PENA QUE COMPORTA O REGIME INICIAL SEMIABERTO. INTELIGÊNCIA DOS ENUNCIADOS N. 440 DA SÚMULA DO STJ E N. 718 E 719 DA SÚMULA DO STF. EXTENSÃO AO CORRÉU. INTELIGÊNCIA DO ART. 580 DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 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.

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas n.

440/STJ e 718 e 719 do STF.

- **Hipótese em que considerando a pequena quantidade de droga apreendida, a fixação das penas-base dos delitos de tráfico e associação para o tráfico no mínimo legal e tendo em vista a primariedade do paciente, pois, como visto, a condenação por fato posterior ao delito em questão não configura a reincidência, deve ser estabelecido o regime inicial semiaberto, nos termos do disposto no art. 33, §§ 2º, “b”, e 3º, do Código Penal, para a prevenção e repressão do delito. Precedentes.**

- Estando o corréu Junior Carlos Tomaz Alves, no que tange ao regime prisional, na mesma situação fático-processual do ora paciente, foram-lhe estendidos os efeitos do presente decisum, nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

termos do art. 580 do CPP.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para afastar o aumento decorrente da reincidência, sem repercussão, contudo, no montante final da pena, e fixar o regime inicial semiaberto em favor do paciente, estendendo, neste ponto, os efeitos do presente decisum ao corréu Junior Carlos Tomaz Alves, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 397.888/RJ, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 31/08/2017) -grifei.

Por fim, ainda quanto ao regime, estando a corré Carina da Silva Cavaleiro na mesma situação fático-processual do ora paciente, estendo-lhe os efeitos do presente *decisum*, nos termos do art. 580 do CPP.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem ex officio**, apenas para modificar, em favor do paciente, o regime inicial de cumprimento da pena para o semiaberto, estendendo os efeitos do presente *decisum* à corré Carina da Silva Cavaleiro, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0264028-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 420.304 / RS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00015766120148210136 00792574520158217000 13621400006008 1526482014617
15766120148210136 46917 70063938799 70073905788 792574520158217000

EM MESA

JULGADO: 05/12/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA IRANEIDE OLINDA SANTORO FACCHINI

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : CLAUDIO LEMES CAVALHEIRO
CORRÉU : CARINA DA SILVA CAVALHEIRO

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, com extensão à corrê Carina da Silva Cavalheiro, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.