



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 372.613 - SP (2016/0253227-2)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ERIC GUILHERME FERREIRA DE CARVALHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNA ALESSANDRA FERRAZ (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). QUANTUM DE REDUÇÃO. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA APREENDIDA. PROPORCIONALIDADE. MODIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO E MAIOR OUSADIA. DA CONDUTA. REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ART. 33, § 2º, ALÍNEA "C", DO CÓDIGO PENAL E ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para aplicar ao caso concreto a fração de 1/3 (um terço) da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em razão da quantidade da droga apreendida (85g de maconha), está em consonância com o entendimento desta Corte.

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional, nesses casos, deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do CP.

Firmou-se nesta Corte a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal ou em outra situação que demonstre efetivamente um plus na gravidade do delito.

Ainda que as circunstâncias judiciais tenham sido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consideradas favoráveis, a paciente seja primária e a quantidade da droga apreendida utilizada na terceira fase da dosimetria para modular a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, resta justificada a segregação inicial em regime mais gravoso que o aberto. Todavia, considerando o *quantum* da pena aplicada – 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão –, o regime semiaberto mostra-se mais adequado e suficiente, consoante disciplina o art. 33, § 2º, "c", e § 3º do CP.

4. O col. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 97.256/RS declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Com efeito, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do CP, os condenados por tráfico de drogas podem se beneficiar da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

As instâncias ordinárias, após estabelecer a pena da paciente em 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, negou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em razão das peculiaridades concretas do delito – quantidade de droga apreendida e a ousadia de tentar ingressar com a droga em presídio –, exatamente nos termos do que dispõe o art. 44, inciso III, do Código Penal.

5. A questão atinente à detração do tempo de prisão cautelar não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*, fincando esta Corte impedida de apreciar o tema sob pena de incidir em indesejada supressão de instância. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena.

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 de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 372.613 - SP (2016/0253227-2)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ERIC GUILHERME FERREIRA DE CARVALHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNA ALESSANDRA FERRAZ (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de BRUNA ALESSANDRA FERRAZ, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0004153-43.2015.8.26.0037).

A paciente foi condenada à pena de 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos delitos previstos no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, inciso III, ambos da Lei n. 11.343/06 (tráfico de entorpecentes majorado).

Em apelação interposta pela defesa, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso nos termos do acórdão, cuja ementa transcrevo a seguir, *verbis*:

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO – DROGA DESTINADA AO INTERIOR DE PRESÍDIO – NULIDADE DA REVISTA ÍNTIMA, INÉPCIA DA DENÚNCIA QUANTO AO DESTINATÁRIO, ABSOLVIÇÃO OU REDUÇÃO DAS REPRIMENDAS IMPOSTAS – IMPOSSIBILIDADE – NULIDADES INOCORRENTES – AUTORIA E MATERIALIDADE INCONTESTES – VERSÕES CONTRADITÓRIAS DOS ACUSADOS – SIGNIFICATIVA QUANTIDADE DE MACONHA QUE AFASTA O USO PRÓPRIO – PENAS DOSADAS COM CRITÉRIO – PROVIMENTO NEGADO (fl. 71).

No presente *writ*, a impetrante sustenta que a paciente é primária, não se dedica à atividade criminosa e é portadora de bons antecedentes, razão pela qual deve ser aplicado o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 em seu grau máximo de 2/3 (dois terços).

Sustenta, ainda, que apesar de favoráveis as circunstâncias judiciais, a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e o *quantum* da pena aplicada autorizar a fixação de regime prisional menos gravoso, foi estabelecido o regime inicial fechado com base na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em desrespeito aos enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF, bem como ao enunciado n. 440 da Súmula



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Assevera que deveria ter sido efetuada a detração do tempo de prisão cautelar para fixar o regime prisional, consoante dispõe o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

Sustenta, por fim, que o paciente preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código penal, devendo a pena privativa de liberdade ser substituída por restritiva de direitos.

Desse modo, requer a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sem seu grau máximo de 2/3 (dois terços), com a consequente redução da pena do paciente e a fixação do regime inicial aberto ou semiaberto, substituindo a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 92/93).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da impetração (fls. 101/107).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 372.613 - SP (2016/0253227-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a aplicação da redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas em seu grau máximo de 2/3 (dois terços) e a fixação de regime inicial mais brando, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O Juízo de primeiro grau aplicou a pena e fixou o regime inicial fechado, sob os seguintes fundamentos:

*Passo, com fulcro nos artigos 59 e 68 do Código Penal, à fixação da pena. Respeitado o sistema trifásico, **fixo a pena base no mínimo legal**, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão, para ambos os réus, pois não há circunstâncias favoráveis ou desfavoráveis que ensejariam modificação de pena nesta fase. Na **segunda fase** reconheço as atenuantes da menoridade relativa de ambos e da confissão para a corré Bruna que, apesar da forma distorcida, livrando o amásio, admitiu, espontaneamente, que o objetivo de levar a droga até o local era de comércio e distribuição. Entretanto, a pena não pode ficar aquém do mínimo legal nesta fase. Não há agravantes. No terceiro estágio, reconheço a **causa de aumento do art. 40, III, da Lei nº 11.343/06**, em 1/6, para ambos os réus. E, para a corré Bruna, reconheço, também, a **causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, em 1/3 (um terço)**, considerando a relevante quantidade de entorpecentes, as circunstâncias do crime e a conduta da ré. Pena final, portanto, para Alisson, em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão. E, para Bruna, em 03 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão. A pena pecuniária, utilizados os mesmos critérios da privativa de liberdade, é fixada em 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa para Alisson e 388 (trezentos e oitenta e oito) dias-multa para Bruna, fixados unitariamente no mínimo legal. Não há que se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois incompatível com o sistema imposto pelas leis antitóxicos e dos crimes hediondos. **Fixo o regime inicial fechado** para cumprimento de pena, por se tratar de crime equiparado ao hediondo, devendo ser observado o disposto na Lei nº 11.464/07. [...] (fls.44/45).*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal de origem, por sua vez, negou provimento ao apelo defensivo, mantendo a sentença condenatória. Transcrevo, no ponto, o seguinte fragmento do acórdão:

[...]

A quantidade da droga apreendida, mais de **85 (oitenta e cinco) gramas de maconha**, não deixa dúvida de que a conduta praticada é subsumida ao tipo penal de tráfico, como descrito na peça matriz, e não se cogita da destinação ao consumo próprio dos acusados.

A condenação de ambos por tráfico, portanto, foi bem lançada.

Quanto à dosimetria penal não há qualquer reparo a fazer.

A pena-base foi fixada no mínimo legal para ambos.

Não obstante a confissão de BRUNA e a menoridade relativa, impossível reduzir a reprimenda aquém do mínimo, diante da **Súmula 231** do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Na **terceira fase**, foi bem afastada a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 para ALISSON, pois se encontra no sistema prisional expiando condenação justamente por crime de tráfico.

BRUNA acabou beneficiada com aplicação da causa minorante, muito embora sejam fortes os indícios de sua vinculação com organização criminosa.

Seu companheiro ALISSON está preso justamente pela prática de tráfico e BRUNA se dispõe a transportar para ele significativa quantidade de maconha para que dê continuidade à ilícita atividade no interior do estabelecimento prisional, agora para seleto grupo de consumidores.

Diante dessas peculiaridades, com esteio no artigo 42, da Lei nº 11.343/2006, a redução de 1/3 (um terço da pena) está de bom tamanho.

O crime em apreço merece resposta severa do Poder Judiciário e não benesses destinadas a situações excepcionais, como o traficante novato ou “de primeira viagem”, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (Leis Penais Especiais, RT, 2ª edição, 2007, p. 330).

Repete-se, o fato deve ser punido com redobrado rigor em razão da ousadia da empreitada criminosa e diante do descrédito que levaria ao sistema prisional, caso a droga não fosse descoberta e abastecesse o tráfico praticado no interior do recinto.

Também, **não se olvide que a ré se sujeitou ao papel de “mula” na organização criminosa**. Passou, portanto, a fazer parte de um esquema maior do tráfico ilícito, tornou-se assim uma peça importante da engrenagem que movimenta a atividade ilícita.

A participação em uma organização criminosa é óbice intransponível à aplicação do benefício a ambos os réus.

As peculiaridades concretas do caso, já destacadas, e a natureza do crime, assemelhado a hediondo, impedem cogitar a substituição por penas alternativas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O **regime prisional**, por sua vez, também foi fixado de forma **escorreita**, o **fechado**, em decorrência das mesmas circunstâncias, **a quantidade de maconha e a ousadia de dar continuidade à atividade ilícita durante a expiação de pena pelo mesmo crime**.

Há também a manutenção da hediondez do delito de tráfico de entorpecentes, nos ditames da Lei nº 8.072/90, com redação dada pela Lei nº 11.464/07.

São todos elementos que, somados, impedem a fixação de regime mais brando para quaisquer dos condenados. [...] (fls. 79/81).

Inicialmente, cumpre ressaltar que aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa.

In casu, o entendimento consignado pelas instâncias ordinárias está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, firmada no sentido de que, na escolha do *quantum* de redução da pena em razão da incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, o Juiz deve levar em consideração a quantidade da substância apreendida, por expressa previsão legal (art. 42 da Lei n. 11.343/06).

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO FIXADA EM 1/6. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO UTILIZADA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- **Deve ser mantida a fração redutora de 1/6, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o acórdão, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamenta, concretamente, na quantidade e natureza da droga apreendida.**

- Tendo em vista o não redimensionamento da pena e mantido o patamar acima de 4 anos, o paciente não faz jus ao regime aberto, conforme disposições do art. 33, § 2º, do Código Penal.

- Não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que o quantum da pena aplicada supera o limite previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Habeas corpus não conhecido.
(HC 336.468/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 19/04/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. **ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. MAIOR REPROVABILIDADE DO FATO. PERCENTUAL DE REDUÇÃO DE PENA. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR.** IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO NA PRESENTE VIA. VERBETE SUMULAR N.º 7/STJ. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. FUNDAMENTO IDÔNEO PARA DETERMINAR A FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE SUPERIOR. VEDAÇÃO DO ENUNCIADO N.º 83 DA SÚMULA DO STJ. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. No tocante à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, o legislador se ateve a fixar os pressupostos para a sua incidência deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para escolha entre a menor e a maior frações indicadas no referido dispositivo legal, cabendo ao julgador, atento às singularidades do caso concreto, dosar o decréscimo.

2. **A redução no patamar de 1/6 (um sexto) foi fixado com base em elementos extraídos dos autos que indicaram a maior reprovabilidade da conduta, evidenciada na quantidade e natureza do entorpecente encontrado em poder dos insurgentes.** Inviabilidade de revisão do quantum eleito na presente via na ausência de ilegalidade manifesta. Enunciado Sumular n.º 7/STJ.

3. Ademais, **este Superior Tribunal de Justiça entende que a quantidade ou qualidade da droga apreendida pode ser utilizada como fundamento para a determinação da fração de redução da pena com base no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006,** circunstância que evidencia a impossibilidade de admissão do apelo nobre em razão da incidência da vedação do Verbetes Sumular n.º 83/STJ, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea a do permissivo constitucional.

4. Agravo a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 718.015/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 28/03/2016).

Ademais, a reforma do entendimento consignado pelas instâncias ordinárias no que se refere ao *quantum* de redução aplicado constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. 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 PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA QUANTO AO REGIME MAIS GRAVOSO. PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- **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 e variedade das drogas apreendidas, quais sejam, 50,0g de maconha, 21,6g de cocaína e 9,7g de crack **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.**

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto (HC 310.789/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 28/03/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. NATUREZA DA DROGA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA NÃO EVIDENCIADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. VALOR FIXADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA.

[...]

3. **In casu, o estabelecimento do redutor na fração de 1/2 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. O quantum de redução aplicado fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.**

[...]

5. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

determinar o retorno dos autos ao Tribunal a quo, a fim de que se proceda à adequada fundamentação no que concerne ao quantum fixado a título de prestação pecuniária (HC 354.491/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 13/06/2016).

Quanto ao regime prisional, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional, nesses casos, deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do CP.

Assim, firmou-se neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP ou em outra situação que demonstre efetivamente um plus na gravidade do delito. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os enunciados n.718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Confira-se:

Súmula 440/STJ: "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."

Súmula 718/STF: "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."

Súmula 719/STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

Na hipótese dos autos, encontra-se evidenciado o constrangimento ilegal na fixação do regime prisional, uma vez que as instâncias ordinárias, após estabelecer a pena corporal em 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, fixou o regime inicial fechado.

Entretanto, mesmo se afaste a fundamentação abstrata elencada pelo Tribunal de origem – hediondez do delito –, e ainda que as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis e a paciente seja primária, a quantidade da droga



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreendida – 85 gramas de maconha – foi utilizada, na terceira fase da dosimetria, para modular a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, o Tribunal de origem destacou a necessidade do regime prisional mais gravoso em razão da ousadia da paciente em dar continuidade à atividade ilícita durante a expiação de pena pelo mesmo crime, restando, pois, justificada a segregação inicial em regime mais gravoso. Todavia, considerando o *quantum* da pena aplicada – 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão –, o regime semiaberto é o que se mostra mais adequado e suficiente, consoante disciplina o art. 33, § 2º, "c", e § 3º do CP.

A corroborar esse raciocínio:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADA A 3 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. NATUREZA DA DROGA - CRACK. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. BENEFÍCIO NEGADO EM VIRTUDE DA NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...].

- 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.

- Para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso do que comporta a pena, é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

- **Na hipótese, o acórdão recorrido fundamentou a necessidade do regime fechado com base na nocividade da droga objeto do delito de associação para o tráfico, qual seja, o crack.**

- **Embora válido o fundamento para o recrudesimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado à ré primária, condenada a pena reclusiva não superior a 4 anos, fazendo jus a paciente ao regime intermediário, qual seja, o semiaberto. Precedentes desta Corte.**

- Ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012.

- De outro lado, nos termos do fixado pela jurisprudência desta Corte, a quantidade e a natureza da droga apreendida podem, ao lado dos demais elementos constantes do processo, interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

- Hipótese em que o acórdão recorrido, de forma fundamentada, entendeu pela inadequação da substituição, porquanto a paciente foi condenada por associação criminosa voltada para o tráfico de crack, cuja nocividade não recomenda a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, consoante o disposto no art. 44, III, do CP, não havendo, portanto, qualquer ilegalidade na negativa da benesse.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto (HC 345.968/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 31/05/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. PRIMARIEDADE. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Quanto ao regime fechado, o magistrado sentenciante baseou-se apenas na gravidade abstrata do delito, em ofensa ao Enunciado n. 440 da Súmula do STJ. Embora a primariedade do paciente, a inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP) e o quantum de pena (art. 33, § 2º, "c", do CP) permitam, em tese, a fixação do regime aberto; a quantidade de droga apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/06) demonstra a gravidade acentuada do delito, justificando a imposição do regime inicial semiaberto.

3. Apesar da fundamentação inidônea apresentada pelas instâncias ordinárias, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a gravidade concreta, evidenciada pela natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos, constitui elemento indicativo de que a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos não seja suficiente para a prevenção e repressão do delito no caso concreto.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para, ratificando a liminar, fixar o regime inicial semiaberto (HC 354.029/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 02/06/2016).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. AGRAVANTE CONDENADO À PENA DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM O BENEFÍCIO.

1. Nos termos do entendimento firmado por esta Corte Superior de Justiça, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais severo.

2. Estabelecida a pena definitiva em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, verificadas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade da agente, e considerada a natureza e a quantidade de entorpecente apreendido, 489 g de maconha, o regime semiaberto é o adequado à prevenção e reparação do delito.

3. Ainda que o quantum de pena fixado seja inferior a 4 (quatro) anos, a quantidade e a nocividade do entorpecente apreendido não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

4. Agravo regimental improvido (AglInt no AREsp 701.848/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 25/05/2016).

Por fim, quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o col. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 97.256/RS declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Com efeito, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do CP, os condenados por tráfico de drogas podem se beneficiar da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Esse tem sido o entendimento da Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. VALORAÇÃO NEGATIVA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. CRITÉRIO SUFICIENTE PARA FIXAR REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO E NEGAR A SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PACIENTE PRIMÁRIO, CONDENADO À PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INTERMEDIÁRIO. ADEQUAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

OFÍCIO.

[...]

2. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

3. A partir do julgamento do HC 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto (HC 337.625/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 13/04/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, E § 4º, DA LEI 11.343/2006. DOSIMETRIA DA PENA. ABRANDAMENTO DE REGIME INICIAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REGIME INICIAL FECHADO EM RAZÃO DA HEDIONDEZ DO DELITO. INCONSTITUCIONALIDADE. ANÁLISE DOS ARTIGOS 33, §2º, ALÍNEA C, E §3º, DO CÓDIGO PENAL E 42 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

III - O col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§2º e 3º do Código Penal.

IV - A definição do regime prisional para os condenados por tráfico de entorpecentes deve seguir a sistemática estabelecida no art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do Código Penal. Contudo, o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece 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 conduta social do agente". Assim, tratando-se de uma circunstância judicial preponderante, a natureza e a quantidade de entorpecente, ainda que aplicada na terceira fase, poderá ser utilizada para justificar a imposição de um regime prisional mais gravoso.

V - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto nos artigos 33, §§2º e 3º, do Código Penal, e artigo 42 da Lei 11.343/2006, a imposição do regime inicial semiaberto ao paciente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenado à pena inferior a 4 (quatro) anos, primário, ostentando condições judiciais desfavoráveis.

VI - O Pretório Excelso, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC n. 97.256/RS, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, contida no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06 - cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012) -, permitiu a concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de drogas desde que preenchidos requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

VII - Na espécie, a redutora de tráfico eventual não foi aplicada no patamar máximo em razão da existência de circunstância judicial desfavorável, no caso, a quantidade e variedade das drogas que, a teor do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, deve inclusive preponderar sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Dessa forma, o paciente não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, a teor do disposto no art. 44, inciso III, do CP.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para confirmar a liminar e fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena imposta ao paciente (HC 343.528/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 29/03/2016).

No caso dos autos, não há se falar em flagrante ilegalidade na negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que as instâncias ordinárias, embora tenham estabelecido a pena da paciente em 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, negou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em razão das peculiaridades concretas do delito destacadas – quantidade de maconha e a ousadia de tentar ingressar com droga em presídio –, exatamente nos termos do que dispõe o art. 44, inciso III, do Código Penal.

Por fim, quanto à detração do tempo de prisão cautelar, verifico que o Tribunal a quo sequer apreciou o tema, ficando esta Corte superior impedida de manifestar-se sobre o pedido uma vez vedada a supressão de instância. Ademais, ainda que assim não fosse, no caso concreto, inexistente flagrante ilegalidade apta a ensejar a concessão da ordem no tocante à detração do tempo de prisão cautelar para fins de fixar o regime prisional inicial, uma vez que a paciente foi condenada a uma pena inferior a 4 (quatro) anos, não havendo, desse modo, possibilidade de alteração do regime inicial fixado tão somente em razão do *quantum* de pena aplicado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus* e pela concessão da ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para o início do cumprimento da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0253227-2

HC 372.613 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00041534320158260037 20160000524068 20731168320158260000 41534320158260037

EM MESA

JULGADO: 07/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: ERIC GUILHERME FERREIRA DE CARVALHO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: BRUNA ALESSANDRA FERRAZ (PRESO)
CORRÉU	: ALISSON LUIZ LELIS RODRIGUES

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