



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 430.108 - RJ (2017/0330107-7)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : GABRIEL DE SOUZA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

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, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou inconstitucionalidade do § 1º do art. 2.º 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.

3. Sedimentou-se, nesta Corte Superior, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º, do Código Penal em conjunto com o art. 42 da Lei 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

No caso dos autos, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da existência de circunstância judicial desfavorável, sobretudo em razão da elevada quantidade de droga apreendida – *400 gramas de cocaína, acondicionados em 848 invólucros plásticos* –. Muito embora a reprimenda total tenha sido estabelecida em patamar superior a 4 (quatro) e inferior a 8 (oito) anos de reclusão, o regime inicial fechado foi fixado a partir de motivação concreta extraída dos autos, exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/06.

Habeas corpus não conhecido.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

unanimidade, não conhecer do pedido.

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

Brasília, 03 de abril de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 430.108 - RJ (2017/0330107-7)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : GABRIEL DE SOUZA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de GABRIEL DE SOUZA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação n. 0015711-42.2016.8.19.0014).

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 8 anos de reclusão, no regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas).

Em sede de apelação, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso defensivo para reduzir a pena para 5 anos e 10 meses de reclusão, mantido o regime inicial fechado. Opostos embargos infringentes, estes foram desprovidos.

No presente *mandamus*, a impetrante sustenta que o regime prisional mais gravoso foi fixado com base na gravidade abstrata do delito, em desconformidade com o disposto no art. 33, § 2º, b, do Código Penal. Invoca os enunciados de n. 440 do STJ e n.s 718 e 719 do STF.

Requer, em liminar e no mérito, a fixação do regime inicial semiaberto para cumprimento da pena.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 88/89).

O Ministério Público Federal opinou "*pelo não conhecimento do habeas corpus e, diante da ausência de ilegalidade, pela não concessão da ordem de ofício*" (fls. 94/98).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 430.108 - RJ (2017/0330107-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

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 fixação de regime inicial menos gravoso para cumprimento da pena.

O Tribunal de Justiça estadual, ao retificar o decreto condenatório, aplicou a pena e fixou o regime prisional sob a seguinte fundamentação, *verbis*:

Por outro lado, a redução das penas-base deve imperar, por ser o mais proporcional e razoável para o acusado, consoante o conjunto probatório, pelo que as fixo 1/6 acima dos mínimos legais, pela quantidade de droga apreendida, resultando em penas definitivas de 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 DM, no valor unitário mínimo legal.

Quanto aos outros pleitos alternativos, o apelo defensivo também não se credencia à admissão.

O artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, é claro quanto aos requisitos para se operar a redução das penas, referindo-se, não somente, à primariedade e bons antecedentes do agente, mas, também, ao seu não envolvimento em atividade ou organização criminosa e, na presente hipótese, o acusado não os preenche em sua integralidade.

Note-se que, o réu não trouxe qualquer prova que comprovasse o efetivo exercício de atividade laborativa lícita, permitindo concluir que vive da atividade do tráfico.

Além disso, restou evidenciado o seu envolvimento em atividade criminosa, tendo em vista a quantidade de droga apreendida, sem falar que, no momento de sua prisão em flagrante, confessara aos policiais estar traficando.

A seu turno, não há como prosperar o requerimento defensivo de abrandamento do regime prisional.

De acordo com o artigo 5º, XLIII, da Constituição da República, o crime de tráfico ilícito de drogas, é equiparado a hediondo, cumprindo, pois, aplicar os ditames da Lei nº 8.072/90, que em seu artigo 2º, §1º, impõe o regime prisional inicialmente fechado, justamente, pela maior reprovabilidade que merecem tais condutas, independentemente da pena aplicada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Registre-se que, com o advento da Lei nº 11.464/07, a redação original do aludido dispositivo foi alterada e, por conseguinte, passou-se a permitir a progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados, mas com a ressalva de que a pena deve ser “cumprida inicialmente em regime fechado”.

Não se desconhece das recentes decisões emanadas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que somente a hediondez do delito não justifica a imposição do regime inicial fechado.

Ocorre que, não obstante o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 111.840/ES, tenha declarado inconstitucional a atual redação do referido dispositivo, de modo a afastar a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, entendendo que se deva observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto nos artigos 33 e 59, ambos do Código Penal, esta decisão foi prolatada em sede de controle difuso de constitucionalidade, cujos efeitos são inter partes, e não possuem força vinculante, devendo, pois, analisar-se o caso concreto.

Importa salientar, que se trata de crime que vêm gerando maior instabilidade em nossa sociedade, a cada dia, levando medo, violência e intranquilidade a todos, clamando a sociedade por medidas mais eficazes ao restabelecimento da ordem pública, pelo que, por expressas disposições legais, deve ser cumprido inicialmente em regime fechado, vedando-se qualquer outra modalidade mais branda.

[...]

Além disso, na presente hipótese, a quantidade de droga apreendida, bem como as circunstâncias da prisão, evidenciando a maior ousadia e periculosidade do réu, estão a justificar a fixação do regime fechado, como melhor forma de sua ressocialização e reeducação e como resposta à sociedade (fls. 66/70).

Sobre o 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.

Com efeito, sedimentou-se nesta Corte Superior o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º, do Código Penal, em conjunto com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que determina a consideração, preponderante, da natureza e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade da droga.

Desse modo, o regime prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e o art. 59, ambos do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Na hipótese dos autos, não evidencio a existência de flagrante ilegalidade na fixação do regime prisional mais gravoso, uma vez que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da existência de circunstância judicial desfavorável, sobretudo em razão da elevada quantidade de droga apreendida – *400 gramas de cocaína, acondicionados em 848 invólucros plásticos* –. Em que pese a reprimenda total tenha sido estabelecida em patamar superior a 4 (quatro) e inferior a 8 (oito) anos de reclusão, o regime inicial fechado foi fixado a partir de motivação concreta extraída dos autos, exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/06. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO INDICATIVAS DA DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS (ART. 44, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL). CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

[...]

4. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou 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.

5. Sedimentou-se, nesta Corte Superior, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º, do Código



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal em conjunto com o art. 42 da Lei 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga. **No caso dos autos, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da existência de circunstância judicial desfavorável. Muito embora a reprimenda total tenha sido estabelecida em patamar superior a 4 (quatro) e inferior a 8 (oito) anos de reclusão, o regime inicial fechado foi fixado a partir de motivação concreta extraída dos autos, exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/06.**

[...]

Habeas corpus não conhecido (HC 389.588/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, DJe 18/12/2017).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO §4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA O AFASTAMENTO DA MINORANTE. REVOLVIMENTO DE PROVAS. QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIA UTILIZADA NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO. REGIME FECHADO. ADEQUADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DIREITOS. PREJUDICADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso próprio (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Relª. Minª. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014).

[...]

XII - Na hipótese, infere-se que o v. acórdão impugnado fundamentou adequadamente a necessidade da fixação do regime mais gravoso, ou seja, o fechado, com base em elementos concretos, que estabeleceram a fixação da pena-base acima do mínimo legal, ensejando uma maior repressão estatal, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

XIII - Mantida a pena cominada ao paciente em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, resta prejudicado o pedido de substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, pois não preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 44 do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido (HC 420.837/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 01/12/2017).

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do habeas corpus.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0330107-7

HC 430.108 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00157114220168190014 157114220168190014

EM MESA

JULGADO: 03/04/2018

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: GABRIEL DE SOUZA

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."

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