



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 485.746 - SP (2018/0342166-5)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **ANDREIA DE FATIMA SANTOS TERRA**
ADVOGADO : **ANTÔNIO CARLOS MACHADO JÚNIOR - SP209836**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE NO MÍNIMO. PACIENTE PRIMÁRIA. MINORANTE DO § 4º APLICADA NO MÁXIMO. PENA FINAL: 1 ANO E 8 MESES. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Considerando a primariedade da paciente, a inexistência de circunstância judicial negativa, a aplicação da minorante do § 4º no patamar máximo e a natureza da droga apreendida, mostra-se cabível a fixação do regime aberto e a substituição da pena por restritivas de direitos.

Tendo sido proferida em consonância com a jurisprudência pacificada no Superior Tribunal de Justiça – STJ sobre o tema em debate, a decisão agravada deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

2. Agravo desprovido.

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, negar provimento ao agravo regimental.

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

Brasília, 04 de junho de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 485.746 - SP (2018/0342166-5)

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : ANDREIA DE FATIMA SANTOS TERRA
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS MACHADO JÚNIOR - SP209836

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra a decisão que, de ofício, concedeu a ordem de *habeas corpus*.

O agravante afirma que em casos semelhantes ao dos autos, inclusive com quantidade menor de droga apreendida, o Superior Tribunal de Justiça – STJ manteve o regime inicial mais gravoso e o afastamento da substituição da pena corporal, não havendo, segundo o *parquet*, motivos para a concessão da ordem no presente caso.

Assim, requer a reconsideração da decisão ou o julgamento do recurso pelo órgão colegiado, para que anule ou reforme a decisão agravada nos termos deste agravo.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 485.746 - SP (2018/0342166-5)

VOTO

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

O presente agravo regimental não merece provimento, em que pese aos argumentos apresentados pelo agravante, devendo a decisão ser mantida por seus próprios fundamentos.

Conforme consta do *decisum* impugnado, a controvérsia diz respeito ao regime de cumprimento de pena e à substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos.

A paciente foi condenada pela prática de tráfico privilegiado (art. 33, *caput*, e §4º da Lei n. 11.343/2006), em razão da posse de 256,2g de maconha, sendo imposta pena de 1 ano e 8 meses de reclusão em regime fechado. O Tribunal a *quo* negou provimento ao recurso da defesa. No que importa, eis a fundamentação do julgado:

[...]

E o regime inicial era mesmo o fechado, anotada a gravidade concreta da conduta, em face das peculiaridades já apontadas, inclusive a quantidade da droga, conduta essa que vem provocando incessante desassossego à sociedade, tanto que assemelhada às hediondas, a par de ocasionar sérios problemas de saúde pública.

Também de ser considerada a personalidade distorcida e ousada da acusada, que agia em plena residência, sem qualquer preocupação com a vigilância policial ou delação de terceiros.

Não se desconhece, por certo, o quanto decidido pelo Pretório Excelso ao ensejo do julgamento do HC 118.533/MS.

Entanto, de sopesar-se que dita decisão, a par de não unânime, foi proferida em caso específico e não possui caráter vinculante, até porque as previsões constitucional e legal da equiparação do tráfico às condutas hediondas (arts. 5º o , LXIII, e 2º “caput” da Lei 8.072/90) remanescem inalteradas.

[...]

Nesse contexto, muito menos é aplicável substituição de pena, em não sendo o benefício, no caso, socialmente recomendável.

No respeitante, acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ, HC 375.681/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 24.02.2017).

E desta Casa de Justiça: Apelação Criminal nº 0070824-43.2014.8.26.0050, Rel. Des. Toloza Neto, 3ª Câmara, j. 07.03.2017; Apelação Criminal nº 0019379-49.2015.8.26.0050, Rel. Des. Guilherme G. Strenger, 7ª Câmara Criminal Extraordinária, j. 08.02.2017.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em suma: mantém-se o r. édito monocrático, encampada sua motivação (art. 252 RITJ).

Nega-se provimento. Expeça-se mandado de prisão de imediato, independentemente de embargos de declaração, porque suficiente a condenação colegiada (STF - HC 126.292; ADCs 43 e 44; Repercussão Geral do ARE 964.246). (fls. 36/38)

Quanto ao regime prisional, o Plenário do Supremo Tribunal Federal – STF, 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.

Por outro lado, esta Corte Superior, por ocasião do julgamento da Pet n. 11.796/DF, de relatoria da em. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, afetado ao rito dos recursos repetitivos, consignou o entendimento de que o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, com o consequente cancelamento do enunciado n. 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça (Pet 11.796/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 29/11/2016).

Sedimentou-se também, 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 – CP em conjunto com o art. 42, da Lei n. 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

No caso dos autos, encontra-se evidenciado o constrangimento ilegal, pois, em razão de as circunstâncias judiciais serem favoráveis, a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, tendo sido reduzida a pena pela minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, a pena aplicada ser inferior a 4 anos, e a quantidade de droga apreendida não ter sido tão expressiva, o regime a ser imposto deve ser o aberto, de acordo com o disposto no art. 33, §§ 2º, c, e 3º, do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

Nesse sentido:

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO
EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTERIAL DE QUE AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO IMPEDIRIAM A FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. **PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE E QUANTUM DE PENA ESTABELECIDO INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. REGIME ABERTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.**

I - Na hipótese, consideradas favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, sendo primário o recorrente e o quantum de pena estabelecido não excede 4 (quatro) anos, não há razão para que não se conceda ao recorrente o regime aberto para início de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal.

II - Ademais, não é idônea a utilização da quantidade de droga exclusivamente no momento de fixação do regime prisional, sem que tal circunstância tenha sido utilizada na primeira ou na terceira fases da dosimetria da pena Agravo regimental desprovido (AgRg no RHC 62.627/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 15/4/2016).

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ROUBO. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. **PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. SÚMULA 440/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Os fundamentos genéricos utilizados na sentença não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), contrariando a Súmula 440 deste Superior Tribunal.

3. Hipótese na qual o réu é primário e a pena-base corresponde ao mínimo legal, porquanto favoráveis as circunstâncias judiciais, sendo a pena definitiva inferior a 4 (quatro) de reclusão. A teor do art. 33, §§ 2º, alínea "c", e 3º, c/c o art. 59, ambos do CP, não se afigura idônea a justificativa apresentada para afastar a aplicação ao caso concreto do regime aberto para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de estabelecer o regime prisional aberto para o desconto da sanção corporal imposta ao paciente, salvo se por outro motivo estiver descontando pena em regime mais severo (HC 343.034/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 10/3/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). GRAVIDADE ABSTRATA E NATUREZA HEDIONDA DO DELITO. SÚMULA 440/STJ. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

[...]

4. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal.

5. Hipótese em que a Corte de origem fixou o regime inicial mais gravoso, com fulcro na gravidade abstrata e natureza hedionda do delito, em manifesta afronta ao entendimento firmado nas Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

6. Fixada a pena definitiva em 5 anos e 10 meses de reclusão (art. 33, caput, c/c art. 40, VI, da Lei de Drogas), verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o cabível para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal, sobretudo quando assentado no acórdão impugnado não ser expressiva a quantidade de droga apreendida.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade (HC 369.210/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 12/12/2016).

Outrossim, quanto à substituição da pena por restritiva de direitos, registro que, no julgamento do HC n. 97.256/RS da Suprema Corte, foi reconhecida a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012, passando a admitir o referido benefício, nos termos do art. 44 do CP.

Destarte, observo que a paciente preenche os requisitos previstos no referido dispositivo, na medida em que a pena é inferior a 4 anos, é primária e as circunstâncias judiciais foram todas favoráveis, além da quantidade de droga apreendida não ter sido expressiva. Assim, cabível a substituição da sanção privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Execuções Penais, ante o trânsito em julgado da condenação. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL TOTAL DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PEQUENA QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. FRAÇÃO REDUTORA DE 2/3 APLICADA. PENA REDUZIDA PARA PATAMAR INFERIOR A 4 ANOS. PEQUENA QUANTIDADE DA DROGA. PACIENTE PRIMÁRIO. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- 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.

- Hipótese em que as instâncias ordinárias aplicaram a fração intermediária de redução pela causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 com lastro na natureza e diversidade das drogas apreendidas, argumentos que se alinham à jurisprudência desta Corte. Todavia, apesar de o caso tratar do tráfico de dois tipos altamente nocivos de droga, a quantidade apreendida (2,6 gramas de crack e 5,3 gramas de cocaína) não foi tão elevada a ponto de justificar a fração escolhida, sendo adequada ao caso, portanto, a aplicação da redução em 2/3.

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

- No que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao analisar o HC n.

97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir tal possibilidade, 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 Senado Federal, através da Resolução n. 5/2012.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Hipótese em que, considerando o novo montante da pena corporal, qual seja, 1 ano e 8 meses de reclusão, a primariedade do acusado e a pequena quantidade da droga apreendida, deve ser fixado, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal, o regime aberto para cumprimento da pena e substituída a pena corporal por duas medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais, ante o trânsito em julgado da condenação.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, redimensionando as penas do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, mais o pagamento de 166 dias-multa, substituída a pena corporal por medidas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais (HC 367.855/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 4/10/2016).

Por outro lado, ao contrário do que alega o Ministério Público Federal, a decisão utilizada para embasar o presente agravo não levou em conta apenas a quantidade da droga apreendida, mas também o fato da traficância ter se dado dentro de um presídio, o que torna a conduta ainda mais reprovável e passível de uma resposta mais energética por parte do Estado.

Desse modo, tendo sido proferida em consonância com a jurisprudência pacificada no Superior Tribunal de Justiça sobre o tema em debate, a decisão agravada deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, voto pelo não provimento do recurso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0342166-5

AgRg no
HC 485.746 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00010881920178260571 10881920178260571 201800226529 22447239620178260000

EM MESA

JULGADO: 04/06/2019

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANTONIO CARLOS MACHADO JUNIOR
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS MACHADO JÚNIOR - SP209836
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDREIA DE FATIMA SANTOS TERRA

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : ANDREIA DE FATIMA SANTOS TERRA
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS MACHADO JÚNIOR - SP209836

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, negou provimento ao agravo regimental."

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