



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.371 - SP (2016/0326607-1)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : FAUSTO HENRIQUE MARQUES
ADVOGADO : FAUSTO HENRIQUE MARQUES - SP317271
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLAUDIA FERRAZ DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL – CP E ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44, INCISO III, DO CP. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. *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. A quantidade e/ou natureza da droga apreendida é fundamentação idônea para justificar a fixação do regime prisional mais gravoso, bem como vedar a substituição da pena por restritiva de direitos.

In casu, em razão de as circunstâncias judiciais serem favoráveis (art. 59 do Código penal – CP), de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e de a pena aplicada ser inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, alínea "c", do CP), caberia a fixação do regime inicial aberto. Todavia, a diversidade dos entorpecentes (art. 42 da Lei n. 11.343/06) – 3 porções de cocaína (1,7g), 4 cigarros de maconha (2,8g) e 17 porções de crack (3,6g) – é fundamentação idônea para justificar a imposição do regime inicial mais gravoso, no caso o semiaberto, bem como a vedação à substituição da pena por medidas restritivas de direitos, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 e inciso III do art. 44, ambos do CP, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, ratificando a liminar anteriormente deferida, fixar o regime prisional semiaberto para cumprimento de 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.371 - SP (2016/0326607-1)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : FAUSTO HENRIQUE MARQUES
ADVOGADO : FAUSTO HENRIQUE MARQUES - SP317271
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLAUDIA FERRAZ DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de CLAUDIA FERRAZ DA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação n. 0005444-14.2014.8.26.0296.

Infere-se dos autos que a paciente foi condenada por ter praticado o delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de entorpecentes), à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída a reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Irresignado, o Ministério Público interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual deu provimento ao recurso para cassar a pena restritiva de direito e expedir mandado de prisão e fixar o regime fechado para o início do cumprimento da pena, em acórdão assim ementado:

Apelação. Tráfico de drogas. Recurso ministerial pretendendo o afastamento da substituição da pena corporal por restritivas de direitos e a fixação do regime prisional fechado. Acolhimento. Inviabilidade da substituição da pena corpórea ao caso concreto. Regime prisional fechado que se mostra o único adequado à espécie. Recurso ministerial provido, com expedição de mandado de prisão (fl. 46).

Daí o presente *writ*, no qual a defesa alega que as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis e que a gravidade abstrata do delito não pode ser utilizada para fundamentar imposição de regime mais gravoso.

Aduz que a obrigatoriedade de fixação de regime fechado bem como a vedação de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos estão pautadas em dispositivos julgados inconstitucionais pela Suprema Corte.

Pugna, assim, em liminar e no mérito, pela fixação de regime inicial aberto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi deferido *"para assegurar à paciente que aguarde em regime **semiaberto** o julgamento definitivo do presente mandamus"* (fls. 56/58).

A defesa interpôs embargos de declaração (fls. 86/89).

As informações foram devidamente prestadas (fls. 91/106) e o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem (fls. 110/113).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.371 - SP (2016/0326607-1)

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 – 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.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da reprimenda pela restritiva de direitos.

A paciente foi presa em flagrante na posse de 3 porções de cocaína (1,7g), 4 cigarros de maconha (2,8g) e 17 porções de *crack* (3,6g).

Nesse contexto, foi condenada por tráfico de drogas, tendo o Juízo de primeiro grau fixado a pena em 1 ano e 8 meses, em regime inicial aberto, substituindo da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. O Tribunal *a quo*, por sua vez, deu provimento à apelação do *Parquet* para cassar a pena restritiva de direito e expedir mandado de prisão, bem como para fixar o regime fechado para o início do cumprimento da pena, sob os seguintes fundamentos:

A pena-base foi mantida no patamar mínimo, e assim mantida inalterada na segunda fase, incabível a redução, na fase intermediária, em virtude de aplicação da atenuante da menoridade, consoante orientação emanada da Súmula nº 231 do STJ. De fato, as circunstâncias atenuantes previstas no art. 65 do Código Penal, ao contrário das causas de diminuição de pena, não integram o tipo penal, sendo, por isso, genéricas. Daí por que, ao reconhecê-las, é vedado ao Juiz abrandar a reprimenda aquém do piso mínimo previsto pelo legislador.

Na última etapa do cálculo, incidiu o redutor máximo pela causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Ressalto, nesse aspecto, que até mesmo seria o caso da não aplicação do benefício, uma vez que nenhum dos dois apelados comprovou atividade lícita remunerada, tampouco esclareceu a origem do numerário apreendido – mais de R\$ 500,00. Todavia, não se insurgiu o d. representante do Ministério Público quanto a esse aspecto, motivo pelo qual fica mantida a pena tal como estabelecido no decisor.

Assiste razão ao órgão acusatório, todavia, quanto ao pleito de cassação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de direitos. Ora, malgrado o atual entendimento do Excelso Pretório acerca da possibilidade dessa substituição no crime de tráfico de drogas, na hipótese dos autos a diversidade, natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos incrementam em muito a gravidade concreta dos fatos e indicam que o benefício em questão não se mostra recomendável, além de não ser suficiente para garantir a efetivação dos objetivos da reprimenda, quais sejam: retribuição, prevenção e ressocialização do apenado, ausente, assim, o requisito subjetivo previsto no artigo 44, inciso III, do Código Penal.

Tratando-se de crime equiparado a hediondo, mostra-se recomendável a fixação do regime inicial fechado, em especial na hipótese dos autos, em que dois eram os traficantes, várias espécies de entorpecente eram comercializadas, nenhum deles demonstrou ter atividade lícita remunerada, tampouco esclareceu a origem da quantia apreendida. É o que convém, efetivamente, para coibir a grave infração penal praticada pelos réus, sendo imperioso reiterar que as circunstâncias do caso concreto, bem esclarecidas nos autos, não recomendam a fixação de regime prisional menos rigoroso. A propósito, consoante orientação do C. Superior Tribunal de Justiça, "(...) a verificação do regime inicial de cumprimento da pena e a possibilidade de substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos demandam a verificação da quantidade e natureza da droga apreendida em poder do acusado (art. 42 da Lei n. 11.343/2006)" (HC nº 193.057/SP, Relator o eminente Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe de 29/9/2011).

Por fim, observo ser necessária a expedição imediata dos mandados de prisão, independentemente do trânsito em julgado do presente acórdão, tal como entendeu o plenário do E. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC 126.292/SP, em 17 de fevereiro de 2016, Relator o E. Ministro Teori Zavascki.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso ministerial para cassar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e estabelecer o regime inicial fechado para ambos os réus, mantida, no mais, a r. sentença monocrática. Expeça-se mandados de prisão em desfavor dos réus (fls. 48/50).

Na hipótese, verifico que o Tribunal *a quo* fundamentou a fixação do regime inicial fechado e a vedação à substituição da reprimenda por restritiva de direitos, com base na gravidade concreta do delito, revelada especialmente pela diversidade das drogas apreendidas.

Todavia, encontra-se evidenciado o constrangimento ilegal na fixação do regime fechado pela Corte estadual, pois, em razão de as circunstâncias judiciais serem favoráveis (art. 59 do Código Penal - CP), de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e de a pena aplicada ser inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, alínea "c", do CP),



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caberia a fixação do regime inicial aberto ao paciente. Todavia, em razão da gravidade concreta do delito, evidenciada pela variedade dos entorpecentes apreendidos (art. 42 da Lei n. 11.343/06) é fundamentação idônea para justificar a imposição do regime inicial mais gravoso, no caso o semiaberto, bem como a vedação à substituição da pena por medidas restritivas de direitos, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 e inciso III do art. 44, ambos do CP, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

Nesse sentido:

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

[...]

Habeas corpus não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990. FUNDAMENTO INVÁLIDO. DISPOSITIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. DESPROPORCIONALIDADE. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. DIVERSIDADE E NATUREZA DA DROGA VALORADOS NA TERCEIRA FASE. REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/6/2012).

3. **Estabelecida a pena definitiva em 2 (dois) anos de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave segundo o quantum da sanção aplicada) é o suficiente à prevenção e à reparação do delito, considerada a natureza e a variedade das drogas apreendidas (63 eppendorfs contendo 57,6 gramas de cocaína, 12 invólucros plásticos contendo 13,7 gramas da mesma droga, além de 13 "trouxinhas" contendo 32,8 gramas de maconha), elencadas como circunstâncias prevalecentes, a teor dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedente.**

4. **Não se mostra socialmente recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista a natureza e a diversidade da droga apreendida com o paciente, que denotam contornos de maior gravidade ao tráfico ilícito de drogas. Precedente.**

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade (HC 333.864/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 29/03/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. NEGATIVA EM VIRTUDE DA DIVERSIDADE E 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 a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

- **Considerando que a pena foi fixada em 2 anos e 6 meses de reclusão, pela primariedade do acusado e a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, mas, por outro lado, tendo em vista a não aplicação da minorante no patamar máximo de 2/3, em razão da quantidade da droga apreendida, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.**

- Quanto à substituição, verifica-se que as circunstâncias do caso concreto não recomendam, tendo em vista a diversidade e natureza das drogas apreendidas - crack e cocaína.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto (HC 330.001/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 19/04/2016).

Por fim, ressalto que os embargos declaratórios interpostos pela defesa encontram-se prejudicados, em razão da análise do mérito no presente *mandamus*.

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para, ratificando a liminar anteriormente deferida, fixar o regime inicial semiaberto para cumprimento de pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0326607-1

HC 382.371 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00054441420148260296 20160000176062 54441420148260296

EM MESA

JULGADO: 16/02/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: FAUSTO HENRIQUE MARQUES
ADVOGADO	: FAUSTO HENRIQUE MARQUES - SP317271
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: CLAUDIA FERRAZ DA SILVA (PRESO)
CORRÉU	: JHONATAN DANIEL MACHADO DA SILVA

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.