



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 394.556 - SP (2017/0073792-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : TAINA SUILA DA SILVA ARANTES TORRES E OUTRO
ADVOGADO : BIANCA CAMARGO MOLLER E OUTRO(S) - SP383901
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THAIS SOARES LEITE
PACIENTE : FELIPE GUILHERME DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTES CONDENADOS À PENA DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. PRIMARIEDADE E PEQUENA QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS QUE POSSIBILITAM O REGIME INTERMEDIÁRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

– 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 necessária 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 o acórdão recorrido não apresentou fundamentação concreta acerca da necessidade do regime mais gravoso, destacando, apenas, a gravidade abstrata do delito, o que configura constrangimento ilegal. Assim, considerando a pequena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade das drogas apreendidas, a primariedade dos pacientes e o fato de a pena aplicada ser superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, cabível, na espécie, o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. .
Precedentes.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida *ex officio*, modificando o regime de cumprimento da pena dos pacientes para o inicial semiaberto.

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, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília (DF), 15 de agosto de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 394.556 - SP (2017/0073792-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : TAINA SUILA DA SILVA ARANTES TORRES E OUTRO
ADVOGADO : BIANCA CAMARGO MOLLER E OUTRO(S) - SP383901
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THAIS SOARES LEITE
PACIENTE : FELIPE GUILHERME DA SILVA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de THAIS SOARES LEITE e FELIPE GUILHERME DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0022667-73.2015.8.26.0577).

Consta dos autos que os pacientes foram condenados, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 2 anos e 11 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, incidentes a minorante prevista no § 4º do mesmo artigo e a majorante constante do art. 40, inciso VI, do mesmo estatuto (fls. 8/19).

Irresignadas, acusação e defesa interpuseram apelações, sendo o recurso defensivo improvido e o ministerial provido para afastar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, razão pela qual as penas dos pacientes foram redimensionadas para 5 anos e 10 meses de reclusão e multa, mantido o regime inicial fechado (fls. 24/42). Segue a ementa do acórdão:

Apelação da Defesa – Tráfico de Drogas – Suficiência de provas à condenação – Réus presos em flagrante – Materialidade e autorias comprovadas – Circunstâncias reveladoras do crime de tráfico de entorpecentes – Apreensão de diversas porções de entorpecentes – Fatores que, associados à prova produzida, levam à conclusão de que os entorpecentes eram destinados ao consumo de terceiros – Pena-base fixada acima do mínimo legal, em razão da quantidade e da natureza do entorpecente apreendido – Incidência da circunstância atenuante da menoridade para ambos os acusados, bem como da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/2006 – Impossibilidade da fixação de regime diverso do fechado e da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos – Mercês incompatíveis com delitos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

singular gravidade – Necessidade de maior repressão ao tráfico de entorpecentes – Regime fechado compatível com a conduta do réu – Recursos de apelação desprovidos.

Apelação da Justiça Pública Tráfico de Drogas Dosimetria Causa de Diminuição da Pena Art. 33, § 4º, Lei 11.343/2006 Afastamento Necessidade O benefício previsto na nova Lei de Drogas somente se aplica ao pequeno e eventual traficante Apreensão de diversas porções de entorpecentes Realização de campana no local dos fatos Réus surpreendidos em movimentação típica do comercio espúrio Aspectos que traduzem autêntico exercício de atividade criminosa Recurso de Apelação Provido.

No presente *mandamus* (fls. 1/4), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal aos pacientes, pois manteve o regime inicial fechado sem fundamentação idônea. Afirma que os pacientes são primários, as circunstâncias judiciais lhes são favoráveis e a condenação não excede 8 anos de reclusão, motivo pelo qual fazem jus ao regime inicial semiaberto.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a alteração do regime prisional para inicial semiaberto.

Pedido liminar indeferido (fls. 46/48).

Informações prestadas às fls. 54/86 e 89/104.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela denegação da ordem (fls. 108/110).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 394.556 - SP (2017/0073792-6)

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 dos pacientes, 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, a alteração do regime prisional em favor dos pacientes.

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 acórdão recorrido, ao dar provimento ao recurso ministerial, afastou a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, redimensionando a pena e estabelecendo o regime prisional do seguinte modo (fls. 36/42):

Levando em consideração a quantidade e a diversidade da droga apreendida 01 porção de maconha, 04 porções de cocaína, e 19 porções de crack, o Magistrado aumentou a pena-base em 1/6, o que deve ser mantido, haja vista o alto poder deletério destas substâncias, notadamente o crack, perfazendo 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias- multa em seu mínimo unitário para ambos os acusados.

Na segunda fase, a pena retornou ao mínimo legal, haja vista o reconhecimento da circunstância atenuante da menoridade em relação aos acusados. Observo que apenas a ré THAÍS contava com menos de 21 anos de idade à época dos fatos, mas à vista da inércia do representante do Ministério Público, assim deve permanecer.

Em que pesem as alegações da defesa, quanto ao reconhecimento da circunstância atenuante inominada prevista no artigo 66 do Código Penal, ainda que fosse reconhecida tal circunstância, não haveria reflexo na pena, respeitada a Súmula nº 231, do Superior Tribunal de Justiça.

Embora a acusada tenha experimentado uma das maiores dores da vida a perda de sua genitora deveria passar este período no cárcere com sabedoria e refletir sobre o futuro. A ré está no início desta jornada chamada vida, tem tempo para se reinventar, seguir um novo caminho e agir de forma que sua mãe sentisse orgulho.

Diante do envolvimento dos adolescentes na empreitada criminosa, foi reconhecida a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/2006, justificando o acréscimo de mais 1/6 embora o envolvimento de dois adolescentes recomendasse maior acréscimo alcançando a pena a 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa em seu mínimo unitário.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por entender presentes os requisitos legais, o MM Juízo de primeiro grau beneficiou os acusados com a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, diminuindo a pena em ½. Entretanto, a meu sentir, é inapropriada a aplicação desta causa especial de diminuição de pena, ante as peculiaridades do caso concreto, haja vista que foram apreendidas na posse dos acusados 24 porções de entorpecentes, entre maconha, cocaína e crack, e ainda que não demonstradas as suas participações em organização criminosa, consta dos autos que o local dos fatos era conhecido ponto de tráfico de drogas, o que aponta no sentido da constância da atividade ilegal, vale dizer, o que se vê aqui é a dedicação efetiva ao comércio ilegal.

(...)

Deste modo, acolho a pretensão da Justiça Pública e afasto o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, tornando definitiva a pena dos réus em 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa em seu mínimo unitário.

O regime inicial fechado deve prevalecer, eis que entendo descaber a fixação de regime diverso do fechado para início do cumprimento da pena ou a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, diante da expressa e inequívoca gravidade do crime.

Não se olvide da recente decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal, reconhecendo, em caráter incidental, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos, que estabelece o cumprimento da pena em regime inicialmente fechado, aos agentes condenados por crimes hediondos e equiparados (STF, 111.840/ES, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, julgado de 27-06-12), todavia, a norma citada está em pleno vigor e o recente entendimento da Suprema Corte não impõe de forma obrigatória o acatamento do novo entendimento.

(...)

Da leitura do excerto acima transcrito, constata-se que, embora os pacientes sejam primários, e a pena de 5 anos e 10 meses de reclusão comporte o regime semiaberto, o acórdão recorrido não apresentou fundamentação concreta acerca da necessidade do regime mais gravoso, destacando apenas a gravidade abstrata do delito, o que configura constrangimento ilegal.

Por outro lado, a despeito de o caso envolver nocividade e variedade de entorpecentes, a pequena quantidade das drogas apreendidas (1,4g de maconha, 8,2g de cocaína e 3,2g de crack) também não justifica a fixação do regime inicial fechado. Portanto, considerando a primariedade dos pacientes e o fato de a pena aplicada ser superior a 4 e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inferior a 8 anos de reclusão, cabível, na espécie, o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PACIENTES CONDENADOS À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. TRIBUNAL LOCAL QUE, EM SEDE DE RECURSO DA ACUSAÇÃO, EXCLUIU A APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE OS PACIENTES DEDICAM-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. MONTANTE DA PENA QUE NÃO PERMITE O BENEFÍCIO. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS E PRIMARIEDADE QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL SEMIABERTO. 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 o montante da pena de 5 anos de reclusão, a primariedade dos acusados e a pequena quantidade das drogas apreendidas, deve ser fixado, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006, o regime semiaberto para início de cumprimento da pena. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para, confirmando a liminar deferida, modificar o regime de cumprimento da pena para o inicial semiaberto, mantidos os demais termos da condenação. (HC 391.074/SP, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 04/05/2017, DJe 10/05/2017) - grifei.

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

REGIME INICIAL FECHADO DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DOS DELITOS. ELEMENTOS PRÓPRIOS DO TIPO PENAL VIOLADO. DESCABIMENTO. ENUNCIADOS 718 E 719 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Nos termos dos verbetes 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado.

2. No caso dos autos, o regime fechado foi fixado e mantido com base apenas na gravidade abstrata dos crimes de tráfico de drogas e de associação para o tráfico adotando-se elementos próprios dos ilícitos em questão, o que não é suficiente para justificar o regime mais severo de execução.

(...)

2. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena imposta ao paciente. (HC 392.153/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 01/06/2017, DJe 07/06/2017) - grifei.

Ante o exposto, **não conheço** do habeas corpus. Contudo, **concedo a ordem de ofício**, modificando o regime de cumprimento da pena dos pacientes para o inicial semiaberto, 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: 2017/0073792-6

HC 394.556 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00027848320168260520 00226677320158260577 10942015 20170000219096
226677320158260577 27848320168260520

EM MESA

JULGADO: 15/08/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : TAINA SUILA DA SILVA ARANTES TORRES E OUTRO
ADVOGADO : BIANCA CAMARGO MOLLER E OUTRO(S) - SP383901
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THAIS SOARES LEITE
PACIENTE : FELIPE GUILHERME 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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.