



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 323.006 - MG (2015/0104368-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : MAICON PRATA DA MATA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : FABIELLE APARECIDA BARBOSA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. 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. NEGATIVA EM VIRTUDE DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

– 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.

– Considerando que a pena foi fixada em 2 anos e 6 meses de reclusão, pela primariedade da acusada e pela 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 e diversidade da droga apreendida, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, “b”, e §



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3º, do Código Penal.

– Nos termos do ressaltado pelo Tribunal *a quo*, embora o *quantum* de pena fixado seja inferior a 4 (quatro) anos, preenchendo, portanto, o requisito objetivo, a natureza e a quantidade elevada do entorpecente apreendido – 60 pedras de *crack* e 47 buchas de maconha – não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Precedentes.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime 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 Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de novembro de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 323.006 - MG (2015/0104368-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : MAICON PRATA DA MATA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : FABIELLE APARECIDA BARBOSA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de FABIELLE APARECIDA BARBOSA – condenada pela prática do crime de tráfico de drogas à pena de 2 anos e 6 meses, no regime inicial fechado, vedada a substituição – contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Apelação Criminal n. 1.0027.12.027820-8.001).

Na presente oportunidade, a defesa alega que o regime inicial fechado foi estabelecido apenas na vedação legal, já declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Destaca que todas as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis e a reprimenda final imposta à paciente é inferior a 4 anos, sendo possível estabelecer o regime inicial aberto. Assevera, ainda, que a condenada faz jus ao benefício da substituição da pena, porquanto preenche os requisitos legais previstos no art. 44 do Código Penal.

Por último, noticia que houve o trânsito em julgado da condenação e foi expedido o mandado de prisão, pendente de cumprimento.

Diante disso, pede, liminarmente, para sustar o mandado de prisão até o julgamento do presente *habeas corpus*. No mérito, busca a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 119/120).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem para que seja fixado o regime inicial semiaberto (e-STJ fls. 132/137).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 323.006 - MG (2015/0104368-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Inicialmente, cumpre analisar a adequação da via eleita para a manifestação da irresignação contra o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

No caso, a impetração insurge-se contra acórdão do Tribunal de origem que negou provimento ao apelo interposto pela defesa, o que, de acordo com a nossa sistemática recursal, ensejaria a hipótese de recurso especial.

Assim, embora o impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa da paciente, passo à análise das teses defensivas, a fim de verificar a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação, de ofício, por este Superior Tribunal de Justiça.

Como já consignado no relatório, busca a defesa a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos em favor da ora paciente, condenada à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Como é cediço, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos 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 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.

Pela leitura da sentença, observa-se que a pena-base aplicada à paciente foi fixada no mínimo legal de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa e, reconhecida a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a pena foi reduzida em ½, restando a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa.

Na ocasião, foi fixado o regime fechado e deferida a substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos, tendo o Juízo *a quo* consignado que:

O regime inicial de cumprimento da pena de reclusão é o fechado, nos termos da Lei 8.072/90.

Em se considerando decisão do STF declarando a inconstitucionalidade de vedação de substituição de pena nos crimes de tráfico de entorpecentes, fundado no art 44, do CP, substituo a pena de reclusão aplicada por prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana (arts. 46 e 46 do CP) (e-STJ fl. 56).

O Tribunal de origem, por sua vez, ao dar provimento ao apelo ministerial, manteve o regime fechado estabelecido na sentença, mas afastou a aplicação do art. 44 do CP, vedando a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. O voto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condutor do acórdão asseverou que:

Já em relação à acusada, quanto ao regime inicial, importa consignar que, apesar de tratar-se de delito hediondo, embora ressalve meu entendimento pessoal quanto ao tema, não desconheço que o STF, no julgamento do HC111,840/RS, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90, com a redação dada pela Lei 11.464/07, sinalizando pela mitigação da obrigatoriedade de estabelecer o regime inicialmente fechado em relação aos crimes desta natureza, diretriz essa que merece ser observada em prestígio à segurança, previsibilidade e isonomia da atividade jurisdicional.

Entretanto, in casu, considerando a natureza altamente lesiva de parte do material apreendido e, ainda, sua grande quantidade, não entendo ser apropriada a alteração do regime fixado, sobretudo porque tal medida obstaria o alcance das finalidades da pena, insertas no art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ressocialização da agente e a reprovação do crime na espécie.

Enfim, neste caso específico, apesar de ter aderido ao entendimento que admite a fixação de regime menos gravoso, tenho por manter o regime fechado para desconto da reprimenda corporal fixada em desfavor da ré; pelos mesmos fundamentos, dou provimento ao recurso ministerial para decotar a substituição da pena corporal procedida pelo d. Sentenciante, por entender que tal medida não é suficiente e socialmente recomendável (e-STJ fls. 78/79).

Pela leitura da sentença e do acórdão impugnados, o regime fechado foi fixado sem a apresentação de fundamentação suficiente para tanto, pois, como visto, a hediondez e a gravidade abstrata do delito não constituem motivação idônea para a fixação de regime mais gravoso.

Assim, considerando a pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, a primariedade da acusada, a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, mas também a não aplicação da minorante no patamar máximo de 2/3, tendo em vista a quantidade e a diversidade da droga apreendida, deve ser fixado, nos termos do art. 33, § 2º, “b”, e § 3º, do Código Penal, o regime semiaberto para cumprimento da pena da ora paciente.

Quanto à possibilidade de substituição da pena, da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal, em 1/9/2010, no julgamento do HC n. 97.256/RS, declarou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei de Drogas, na parte relativa à proibição da conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por tráfico de entorpecentes.

Dessa forma, a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos baseada na hediondez do delito e/ou na gravidade abstrata do crime configura constrangimento ilegal suscetível de controle por esta via constitucional.

Contudo, entendo que as circunstâncias do caso concreto não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos. De fato, embora o *quantum* de pena fixado seja inferior a 4 (quatro) anos, preenchendo, portanto, o requisito objetivo, observo que as circunstâncias do caso, quantidade elevada e a natureza do entorpecente apreendido – 60 pedras de *crack* e 47 buchas de maconha – não recomendam a substituição.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. NÃO CABIMENTO. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. Justificado o quantum de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão da qualidade e diversidade das drogas apreendidas, descabe falar em flagrante constrangimento ilegal a ser sanado, ainda mais quando a fração de redução aplicada "fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório (HC 321.624/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 03/08/2015). 3. Caso em que a incidência daquela minorante no patamar de 1/3 decorreu da quantidade e da natureza da droga apreendida (55 porções de cocaína e maconha), inexistindo ilegalidade patente a ser reparada na via estreita do mandamus. 4.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal. 5. A despeito de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis e de a pena ter sido fixada em 3 anos e 4 meses de reclusão, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas em poder do paciente, também utilizadas para o fim de fixar o regime prisional, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, admitem o cumprimento inicial da sanção no regime semiaberto. 6. A Suprema Corte, no HC n. 97.256/RS, também passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, no termos do art. 44 do Código Penal. 7. A jurisprudência desta Corte tem entendido que a natureza, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas podem interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (AgRg na Rcl 21.663/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/11/2014, DJe 05/12/2014). 8. In casu, a Corte estadual, sem se alinhar àquela orientação pretoriana, valeu-se, também, da quantidade (55 invólucros) e da natureza da droga (cocaína e maconha) para vedar a substituição pretendida. 9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena. (HC 296.069/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 25/8/2015, DJe 11/9/2015).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. **Concedo**, entretanto, **a ordem de ofício** para alterar o regime de cumprimento para o semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º.

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0104368-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 323.006 / MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 027120278208 10027120278208001 27120278208 2782087620128130027

EM MESA

JULGADO: 17/11/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MAICON PRATA DA MATA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : FABIELLE APARECIDA BARBOSA
CORRÉU : UESLEI BECKENBAUER GOMES DA COSTA

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTOU ORALMENTE: DR. MAICON PRATA DA MATA (P/PACTE)

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 Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.