



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 299.683 - SP (2014/0179714-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO MARTINELLI SCRIGNLI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VINICIUS MARTINS DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRIMARIEDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REGIME SEMIABERTO. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL - CP E ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. 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, 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 de drogas apreendidas constitui elemento idôneo para justificar a imposição de regime mais gravoso, de acordo com o disposto no art. 42 da Lei de Drogas e no art. 33, § 3º, do CP e em consonância com o entendimento desta Corte.

In casu, não evidencio ilegalidade na imposição do regime semiaberto pela Corte estadual, pois, embora a primariedade do paciente e o *quantum* de pena aplicado, inferior a 4 anos, permitem, em tese, a fixação do regime aberto (art. 33, § 2º, "c", do CP), a quantidade e/ou natureza dos entorpecentes – 121 "eppendorfs" de cocaína – (art. 42 da Lei n. 11.343/06) é fundamentação idônea para justificar a imposição de regime mais gravoso, no caso o semiaberto, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do CP e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 16 de agosto de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 299.683 - SP (2014/0179714-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO MARTINELLI SCRIGNLI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VINICIUS MARTINS DOS SANTOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de VINICIUS MARTINS DOS SANTOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0030718-12.2012.8.26.0114.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, substituída a pena por duas restritivas de direito, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de entorpecentes).

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao recurso (fls. 23/26).

Daí o presente *writ*, no qual a defesa alega que a gravidade abstrata do delito não pode ser utilizada para fundamentar imposição de regime mais gravoso, pois fundamentado em dispositivo declarado inconstitucional pela Suprema Corte. Aduz que, em razão do *quantum* da pena aplicada, das circunstâncias judiciais terem sido favoráveis e a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, o paciente faz jus ao regime aberto.

Requer, assim, a fixação do regime inicial aberto.

A liminar foi indeferida (fl. 57), as informações foram devidamente prestadas (fls. 81/87, 89/114 e 124) e o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 65/70).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 299.683 - SP (2014/0179714-0)

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.

O paciente foi preso em flagrante pois estava na posse de 21 "eppendorfs" de cocaína e mantinha em depósito mais 100 "eppendorfs" da mesma droga.

Nesse contexto, foi condenado por tráfico de drogas, tendo o magistrado de primeiro grau aplicado a pena sob os seguintes fundamentos:

Analizando as diretrizes traçadas pelos artigos 59, do Código Penal e 42 da Lei 11.343/06, observo que o réu agiu com culpabilidade normal à espécie, nada tendo a se valorar. O réu é portador de bons antecedentes. Não há nos autos elementos suficientes para se aferir a personalidade do acusado; o motivo do crime é identificável como o desejo de obtenção de renda fácil. As consequências do crime são desconhecidas, sendo suas circunstâncias as normais ao tipo. No mais não se pode cogitar acerca do comportamento de vítima.

Diante dessas circunstâncias analisadas individualmente é que fixo a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, calculado o seu valor unitário no mínimo legal, devidamente corrigidos, diante da precariedade econômica do réu.

Presente a atenuante da confissão, ausentes agravantes.

Ausentes causas de aumento.

Por outro lado, considerando que o réu é primário não possui maus antecedentes, não se dedica a atividade criminosa bem como não íntegra organização criminosa presente se faz urna causa de diminuição (art. 33 § 4º da Lei 11.343/06).

Assim opto por reduzir ambas as penas em 2/3 o que dá como pena final, corporal o pecuniária, 1 ano, 8 meses de reclusão e ao pagamento de 166 dias-multa, fixados no mínimo.

O regime de cumprimento de pena, considerando o montante de pena fixado, considerando tratar-se de tráfico privilegiado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

será o semiaberto.

Por fim, viável a substituição da pena corporal por restritiva de direitos (fls. 20/21).

A Corte estadual, por sua vez, assim asseverou:

O réu já foi demais beneficiado com a pena imposta.

Foi-lhe aplicado o § 4º do artigo 33 da Lei de Tóxicos, não obstante a quantidade de entorpecentes, 121 (cento e vinte e uma) porções de cocaína e a prisão dele em plena atividade ilícita, em loca) já conhecido como ponto de venda de drogas, o que demonstra sua dedicação à atividade ilícita, ou seja, ao comércio espúrio, óbice ao benefício que lhe foi deferido.

Não bastasse isso, a pena privativa de liberdade, mínima, ainda foi substituída por brandas alternativas.

Em regra, diante das peculiaridades do caso em apreço, a quantidade de porções, superior a uma centena de doses, e a natureza do entorpecente apreendido e colocado à venda, cocaína, o regime prisional deveria ser o fechado.

Consoante orientação do Superior Tribunal de Justiça, a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido, bem como as circunstâncias da ocorrência, recomendam estabelecimento prisional fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do artigo 33, §§2º e 3º, do Código Penal (HABEAS CORPUS nº 189.960/SC, Quinta Turma, Rei. Min. Laurita Vaz, j. 16.08.2012).

[...]

No entanto, foi fixado o intermediário, o semiaberto, sem reclamo da Justiça Pública.

A fixação do regime mais brando, o aberto, além de desprestígio ao Poder Judiciário, por dispensar tratamento tão benevolente a crime tão grave, seria um incentivo ao descumprimento das penas alternativas impostas, pois, infelizmente, no Estado de São Paulo não há casas do albergado, para o cumprimento de penas em regime aberto. A pena acabaria sendo cumprida em prisão domiciliar.

Ante a inércia da Justiça Pública, que se conformou com decisão tão branda, com a expiação muito aquém do justo concreto, mantêm-se, com certa tristeza, pois deixou no ar cheiro de impunidade, a r. sentença (fls. 25/26).

Na hipótese, verifico que o Tribunal a quo fundamentou a fixação do regime inicial semiaberto com base na gravidade concreta do delito, revelada especialmente pela quantidade e natureza das drogas apreendidas.

Dessa forma, não evidencio ilegalidade na imposição do regime fechado pela Corte Estadual, pois embora a primariedade do paciente e o *quantum* de pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicado, inferior a 4 anos, permitem, em tese, a fixação do regime aberto (art. 33, § 2º, "c", do Código Penal - CP), a quantidade e/ou natureza dos entorpecentes (art. 42 da Lei n. 11.343/06) é fundamentação idônea para justificar a imposição de regime mais gravoso, no caso o semiaberto, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 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.

Ordem concedida de ofício para confirmar a liminar e fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena imposta ao paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(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 prevaletentes, 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).

(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**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(QUATRO) ANOS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. 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).

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do presente *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0179714-0

HC 299.683 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 003071812826114 20140000322111 3071812826114 8102012

EM MESA

JULGADO: 16/08/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: BRUNO MARTINELLI SCRIGNLI
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: VINICIUS MARTINS DOS SANTOS

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.