



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 324.155 - SC (2015/0116014-7)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : TAFAREL SILVESTRE (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS (740 g de "MACONHA" E 30 g DE COCAÍNA). GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. REGIME SEMIABERTO. ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL - CP E ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44, INCISO III, DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO OCORRÊNCIA. *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 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, não se encontra evidenciado o constrangimento ilegal na fixação do regime pelo Tribunal de origem, pois, em razão de as circunstâncias judiciais serem favoráveis (art. 59 do 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 ao paciente. Todavia, a quantidade e a natureza (740 g de "maconha" e 30 g de cocaína) dos entorpecentes (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.

3. Não há ofensa ao princípio *ne reformatio in pejus* quando o Tribunal *a quo*, em recurso exclusivo da defesa, utiliza novo fundamento para manter a vedação da substituição da pena e fixar regime prisional mais brando que o determinado na sentença monocrática, pois não resulta em agravamento da situação do réu.

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 324.155 - SC (2015/0116014-7)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : TAFAREL SILVESTRE (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de TAFAREL SILVESTRE contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina no julgamento da Apelação n. 2015.001369-4.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas).

Transitada em julgado a sentença, a defesa ajuizou revisão criminal, tendo o Tribunal de origem acolhido parcialmente a revisional para adequar o regime prisional para o semiaberto (fls. 90/93).

Daí o presente *writ*, no qual a defesa sustenta que o paciente sofre constrangimento ilegal, uma vez que o Tribunal de origem ofendeu a vedação ao princípio do *ne reformatio in pejus* ao inovar na argumentação utilizada pela sentença, acrescentando a ponderação da quantidade e natureza das drogas apreendidas no exame da fixação do regime, prejudicando, assim, o ora paciente.

Aduz que o julgado atacado incorreu em indevida integração à motivação da sentença, ao negar o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Pugna pela fixação do regime aberto e pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida (fls. 99/100) e as informações devidamente prestadas (fls. 110/149, 154/160 e 161/167).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 181/190).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 324.155 - SC (2015/0116014-7)

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.

O paciente foi preso em flagrante na posse de 740 g de "maconha" e 30 g de cocaína.

Nesse contexto, foi condenado por tráfico de drogas, à pena de 2 anos e 6 meses, em regime inicial fechado, conforme se verifica:

1 - Do acusado Tafarel silvestre.

Analizando as circunstâncias judiciais do artigo 59, caput do Código Penal, conclui-se que a culpabilidade do acusado deflui como normal nos presentes aptos; não possui antecedentes criminais (fls. 37/38); a conduta social e personalidade não podem ser sopesadas diante da falta de elementos; os motivos são inerentes ao tipo; as circunstâncias e conseqüências são normais a espécie. A vítima é a própria sociedade.

Assim, por infração ao art. 33, caput da Lei 11.343/06, na primeira fase de aplicação de pena, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor mínimo previsto no art. 43, do mesmo Diploma Legal, ou seja 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato.

Na segunda fase, embora presente a circunstância atenuante da confissão, deixo de minorar a reprimenda, uma vez que encontra-se no mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de redução.

Na terceira fase, não há incidência de causas de especial aumento de pena. Contudo, milita em favor do acusado a especial causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, eis que é primário, não registra antecedentes criminais e não há prova que se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Desta feita, considerando o montante das substâncias entorpecentes e a sua natureza, ou seja, 700 gramas de maconha e 30 gramas de cocaína, reduzo a sua reprimenda pela metade, totalizando-a, definitivamente em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no seu valor



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mínimo legal.

[...]

Quanto aos pedidos formulados pela defesa do acusado Tafarel de substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos e fixação de regime menos gravoso, temos que tais pedidos não podem ser acolhidos, eis que a substituição da pena e fixação de regime aberto não se mostram suficientes à prevenção e repressão do crime, dada a gravidade do delito praticado, alçado à categoria de hedionda (fls. 44/45).

Após o trânsito em julgado, o paciente ajuizou revisão criminal, tendo sido parcialmente acolhida pela Corte estadual, que adequou o regime para o semiaberto, sob os seguintes fundamentos:

No que toca ao regime prisional, consigna-se que este Relator adotava o entendimento de que o tráfico de drogas, por ser equiparado a hediondo, não admitia o início do cumprimento da pena em regime diverso do fechado.

Porém, em razão da decisão do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal (Habeas Corpus n. 111 840/ES, rei. Min. Dias Toffoli, DJUe de 7/2/2014), inviabilizou-se, como já dito, a adoção do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 para vedar a fixação de regime diferente da modalidade fechada.

Nesse passo, nos termos do art. 33 e parágrafos do Código Penal, a determinação do regime prisional deve observar, além do quantum da pena e da reincidência, as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, podendo, com base nessas diretrizes, ser aplicada modalidade mais gravosa do que a permitida. Todavia, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea", consoante preconiza a Súmula 719 do STF.

No caso em exame, as circunstâncias do art. 59 do Código Penal foram consideradas favoráveis, o acusado é primário e a reprimenda é inferior a 4 (quatro) anos. Nada obstante, a gravidade concreta da conduta ilícita perpetrada, informada pela quantidade e natureza das drogas apreendidas (30g de cocaína e 740g de maconha) - dada a facilidade e rapidez na disseminação do entorpecente -, impede a fixação da modalidade aberta para o resgate inicial da reprimenda, possibilitando, de outro lado, o resgate inicial da pena no regime semiaberto (art. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do Código Penal).

Por fim, a substituição da sanção corporal por medidas restritivas de direitos não tem lugar.

O tráfico desenvolvido pelo acusado, que envolvia a venda de maconha e cocaína - esta última, extremamente perniciosa à saúde e de fácil propagação, em razão da comercialização em pequenas frações -, demonstra que a substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos não se mostra suficiente e adequada (art. 44, III, do Código Penal) (fls. 91/92).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na hipótese, verifico que o Tribunal *a quo* fundamentou a fixação do regime inicial semiaberto e a vedação à substituição da reprimenda por restritiva de direitos, com base na gravidade concreta do delito, revelada especialmente pela quantidade e natureza das drogas apreendidas, que justificou a aplicação da causa redutora de pena (§ 4º do art. 33 da Lei de Drogas) no patamar de 1/2.

Dessa forma, não se encontra evidenciado o constrangimento ilegal na fixação do regime, 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), caberia a fixação do regime inicial aberto ao paciente. Todavia, a quantidade e/ou natureza dos entorpecentes (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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 (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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. 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).

Ademais, o novo fundamento acrescentado pelo Tribunal a quo, em recurso exclusivo da defesa, para manter a vedação da substituição da pena e aplicar o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime prisional **mais brando** que o fixado pelo magistrado sentenciante, qual seja o semiaberto, *a contrario sensu* do que a defesa alega, não resultou em agravamento da situação do réu. Assim, não há falar em ofensa ao princípio *ne reformatio in pejus*.

Nesse ponto, tenho acompanhado o entendimento do eminente Ministro JORGE MUSSI de que *mantido o quantum no mesmo patamar adotado pelo juízo monocrático, não há falar em ofensa ao princípio da vedação da reformatio in pejus, diante da adoção de novos fundamentos a embasar a condenação* (AgRg no AREsp 62.070/MG).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0116014-7

HC 324.155 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 040120024047 20150013694 40120024047

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 SANTA CATARINA
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	: TAFAREL SILVESTRE (PRESO)
CORRÉU	: ALMIR ROGERIO MARTINS

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.