



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 383.518 - SP (2016/0334156-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO SHIMIZU - SP281123
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALAIDE DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. SÚMULA 691/STF. SUPERAÇÃO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADA À PENA DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. SUPERVENIÊNCIA DO JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO DEFENSIVO. PENA REDUZIDA PARA 2 ANOS DE RECLUSÃO, MANTIDO O REGIME INICIAL FECHADO. PRIMARIEDADE, MONTANTE DA PENA E QUANTIDADE/NOCIVIDADE DA DROGA QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL SEMIABERTO. 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.

– Esta Corte tem jurisprudência firmada no sentido de não caber *habeas corpus* contra decisão que indefere liminar, a menos que fique demonstrada flagrante ilegalidade, nos termos do enunciado n. 691 da Súmula do STF, segundo o qual não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar. Contudo, ressalvam-se hipóteses de patente ilegalidade, nos moldes do art. 654, § 2.º, do Código de Processo Penal, que disciplina a extraordinária concessão 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

– Nos termos do entendimento firmado por esta Corte Superior de Justiça, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais severo. Na hipótese, o acórdão recorrido fundamentou a necessidade do regime fechado com base na quantidade e nocividade da droga apreendida, o que, a princípio, revela a inexistência de coação ilegal a ser sanada.

– Contudo, embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, à ré primária, condenada à pena reclusiva inferior a 4 anos, cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, fazendo *jus* a paciente ao regime semiaberto, ante a nocividade da droga apreendida (*crack*), nos termos do art. 33, § 2º, "b", do CP e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes desta Corte.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida *ex officio*, para modificar o regime de cumprimento da pena 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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de março de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 383.518 - SP (2016/0334156-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO SHIMIZU - SP281123
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALAIDE DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ALAIDE DA SILVA contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que indeferiu pedido liminar formulado nos autos do HC n. 2253564-17.2016.8.26.0000.

Consta dos autos que a paciente foi condenada às penas de 5 anos de reclusão e 580 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 (fls. 18/25).

Irresignada, a defesa afirma que interpôs recurso de apelação, o qual aguardava processamento em primeiro grau de jurisdição. Posteriormente, entendendo ser flagrante e atual o constrangimento ilegal na manutenção da prisão em regime fechado, impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal local, oportunidade em que pleiteou a fixação de regime inicial mais brando. Entretanto, a Corte *a quo* indeferiu o pedido liminar, nos termos da decisão de fls. 27/28.

Nas razões do presente *writ* (fls. 1/13), a impetrante sustenta que a sentença condenatória impôs à paciente flagrante constrangimento ilegal, pois cuida-se de ré primária, que apresenta todas as circunstâncias judiciais favoráveis e a pena-base foi fixada no mínimo legal, o que torna cabível a fixação de regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, do CP. Ademais, é inconstitucional a fixação do regime fechado aos delitos de tráfico, nos termos do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a fixação de regime inicial semiaberto.

Pedido liminar deferido (fls. 32/35).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Informações prestadas às fls. 45/48 e 50/69.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo não conhecimento do *writ* (fls. 74/82).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 383.518 - SP (2016/0334156-5)

VOTO

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

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

Do mesmo modo, esta Corte tem jurisprudência firmada no sentido de não caber *habeas corpus* contra decisão que indefere liminar, a menos que reste demonstrada flagrante ilegalidade, nos termos do enunciado n. 691 da Súmula do STF, segundo o qual não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar.

No entanto, excetuam-se as hipóteses de manifesta ilegalidade capaz de justificar o seguimento do *writ* substitutivo do recurso próprio, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP. Vejamos:

O sentenciante fixou a pena-base no mínimo legal de 5 anos de reclusão, que se tornou definitiva, pois ausentes causas modificativas, e estabeleceu o regime fechado nos seguintes moldes (fl. 23):

O regime inicial para o cumprimento das penas deve ser o fechado, tendo em vistas as recomendações da Lei n. 8.072/90, já que se trata de delito hediondos, daí porque também deverá a ré Alaíde estar presa para apelar, mesmo porque não se concede o benefício de apelo em liberdade para quem já se encontra preso cautelarmente, preservando-se a ordem pública.

Na espécie, em consulta ao *site* do Tribunal de origem (www.tjsp.jus.br), verifica-se que o mérito da impetração originária ainda não foi apreciado pela Corte local, ao passo que o recurso de apelação anunciado pela defesa foi julgado em 9/2/2017 (Apelação n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

0002191-17.2014.8.26.0361), ocasião na qual, mantida a pena-base no piso legal, foi reconhecido o privilégio, reduzindo-se a sanção em 3/5, ante a quantidade/nocividade da droga apreendida, alcançando a pena o montante definitivo de 2 anos de reclusão. Contudo, ainda assim, restou mantido o regime inicial fechado, com lastro na seguinte fundamentação:

Não se olvida, ademais, ser possível deferir-se cumprimento da sanção privativa de liberdade em regime inicial distinto do fechado a condenados pelo cometimento de tráfico de drogas, bem ainda, conforme o caso, se lhes conceder substituição dessa pena por alternativa. Todavia, em decorrência das especificidades do caso sob apreço, notadamente, o alto teor de nocividade à saúde da droga traficada (cocaína na forma de “crack”), não é caso de substituição dessa sanção reclusiva por restritivas de direito, a qual, também por esses motivos, deverá ser cumprida em regime inicial fechado.

Aliás, pesa não ser hipótese de inflição de regime menos rigoroso, dados os sobreditos fundamentos, e nem tampouco de progressão para a modalidade intermediária, haja vista incumbir ao Juízo das Execuções Penais a análise dos respectivos requisitos para concessão ou não desse benefício.

Portanto, desacolhe-se o argumentado pela ilustre defesa sobre o mérito (conforme descrição resumida constante do relatório deste voto) e, desse modo, exceção à pena ora reajustada, mantém-se a respeitável sentença atacada, aliás, também pelos respectivos fundamentos.

É cediço que, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistia a obrigatoriedade da fixação do inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando-se, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal.

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.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na mesma esteira, há os enunciados n. 718 e n. 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam, respectivamente:

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.

No caso, o sentenciante fixou o regime inicial fechado com base apenas na hediondez do delito. O Tribunal *a quo*, por sua vez, manteve o regime mais gravoso, destacando a natureza e a quantidade de entorpecente apreendido.

Constata-se que, embora a paciente seja primária e a pena de 2 anos e de reclusão comporte o regime aberto, o acórdão recorrido conferiu legalidade ao manter o regime fechado com base na quantidade e na natureza da droga apreendida, elementos que, inclusive, serviram de base para a escolha da fração redutora pelo tráfico privilegiado em patamar inferior ao máximo de 2/3.

Com efeito, nos termos do entendimento firmado por esta Corte, a quantidade, a natureza e a variedade das drogas apreendidas constituem fundamentos idôneos a justificar a imposição do regime mais severo, inexistindo, em tese, ilegalidade a ser sanada.

Ocorre, todavia, que, embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, considerando que a quantidade da droga apreendida não foi muito elevada (17,9 gramas de crack), não se justifica a imposição do regime inicial fechado, à ré primária, condenada à pena reclusiva não superior a 4 anos – 2 anos –, cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal.

Assim, tendo em vista a natureza nociva da droga apreendida (*crack*), faz jus a paciente ao regime semiaberto, conforme art. 33, § 2º, alínea "b", do CP, c/c art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Nessa linha:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PACIENTES CONDENADAS À PENA CORPORAL TOTAL DE 4 ANOS E 2 MESES DE RECLUSÃO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. POUCA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. PRESENTES, TODAVIA, VARIEDADE E NOCIVIDADE. FRAÇÃO REDUTORA INTERMEDIÁRIA DE 1/2 APLICADA. PENA REDUZIDA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. NOCIVIDADE E VARIEDADE QUE POSSIBILITAM A FIXAÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM O BENEFÍCIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- Hipótese em que o acórdão recorrido aplicou a fração mínima de redução pela causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 com lastro na natureza e diversidade das drogas apreendidas, argumentos que se alinham à jurisprudência desta Corte. Todavia, apesar de o caso tratar do tráfico de dois tipos altamente nocivos de droga, a quantidade apreendida (2,50 gramas de crack e 4,50 gramas de cocaína) não foi tão elevada a ponto de justificar a fração redutora mínima de 1/6.

- Por outro lado, embora a quantidade da droga apreendida não tenha sido muito elevada, há, na espécie, variedade e nocividade - crack e cocaína -, as quais justificam o emprego da fração redutora intermediária (1/2), que se mostra razoável e proporcional à gravidade concreta do delito em comento. Precedentes.

- 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. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719 do STF.

- Na espécie, consigne-se que, embora as pacientes sejam primárias e a pena de 2 anos e 6 meses de reclusão comporte, em princípio, o regime aberto, o regime intermediário, qual seja, o semiaberto, é o que mais se amolda ao caso concreto, ante a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nocividade e a variedade das drogas apreendidas, elementos que, inclusive, justificaram a escolha da fração redutora intermediária pelo tráfico privilegiado. Precedentes.

(...)

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, redimensionando as penas das pacientes para 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 250 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (HC 363.260/RS, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 23/09/2016) - grifei.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DOIS VETORES DESFAVORÁVEIS. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. CONDENAÇÃO INFERIOR A QUATRO ANOS. REGIME SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.

1. Somente é possível rever a dosimetria em sede de habeas corpus quando há flagrante ilegalidade, demonstrada sem necessidade de revolvimento fático-probatório, conforme ocorre na espécie, em virtude da valoração negativa das consequências do crime com motivação atinente a elementos do próprio do tipo penal.

2. É legítima a exasperação da reprimenda, pelo veio das circunstâncias do crime, em razão da natureza (nocividade) das drogas apreendidas (cocaina e maconha), a teor do disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

3. Devidamente fundamentada a fixação do regime semiaberto, mais gravoso, com base em dados concretos dos autos, quantidade e nocividade das drogas apreendidas, esta última característica levada em conta, inclusive, para exasperar a pena-base, não há constrangimento ilegal a ser sanado, inclusive porque o juiz procedeu à substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos (art. 44, §2º do CP), consistente em prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana, pelo mesmo prazo da condenação.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, somente para reduzir a pena imposta ao paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão, mantidos os demais termos do acórdão condenatório. (HC 359.684/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2016, DJe 01/08/2016) - grifei.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. **Contudo, concedo a ordem de ofício**, para modificar o regime de cumprimento da pena 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: 2016/0334156-5

HC 383.518 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00021911720148260361 21911720148260361 22535641720168260000 6032014

EM MESA

JULGADO: 16/03/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: BRUNO SHIMIZU - SP281123
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ALAIDE DA SILVA (PRESO)
CORRÉU	: FREDERICO JOSÉ APARECIDO DA SILVA
CORRÉU	: DAYANE TORRES DE SOUZA

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.