



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 331.228 - RJ (2015/0181508-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : MARCELO DOS SANTOS FRANCISCO (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). DESPROPORCIONALIDADE. RÉU CONDENADO À PENA DE 5 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL ESTABELECIDO SEM FUNDAMENTAÇÃO E MANTIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. O magistrado deve expor motivadamente a escolha do regime inicial de cumprimento de pena, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com a preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.
3. Considerando o *quantum* da condenação definitiva (5 anos de reclusão) e a natureza e quantidade da droga apreendida (67,98 g de maconha), o regime prisional **semiaberto** é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.
4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de, confirmando a liminar deferida, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

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, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de abril de 2016(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 331.228 - RJ (2015/0181508-2)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : MARCELO DOS SANTOS FRANCISCO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **MARCELO DOS SANTOS FRANCISCO**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 168 (cento e sessenta e oito) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei n. 11.343/2006, convertendo-se a pena corporal em duas penas restritivas de direitos (e-STJ, fls. 25-29).

A Defesa e o Ministério Público interpuseram apelação, sendo que o recurso ministerial foi provido para afastar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, fixando a pena em definitivo em 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado (e-STJ, fls. 12-18). Os embargos de declaração foram rejeitados (e-STJ, fls. 23-24).

Inconformada, a impetrante manejou o *writ* em análise, no qual alega que "este Superior Tribunal de Justiça tem decidido pela possibilidade de fixação de outro regime de cumprimento da pena além do fechado, mesmo no caso de narcotraficância (e-STJ, fls. 1-11).

Requer a concessão da ordem para que seja fixado o regime semiaberto.

A liminar foi deferida para que o paciente aguardasse o julgamento do mérito deste *habeas corpus* no regime intermediário (e-STJ, fls. 52-56).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 67-74 e 78-87), manifestou-se o Ministério Público Federal pela concessão da ordem (e-STJ, fls. 106-110).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 331.228 - RJ (2015/0181508-2)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : MARCELO DOS SANTOS FRANCISCO (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). DESPROPORCIONALIDADE. RÉU CONDENADO À PENA DE 5 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL ESTABELECIDO SEM FUNDAMENTAÇÃO E MANTIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. O magistrado deve expor motivadamente a escolha do regime inicial de cumprimento de pena, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com a preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

3. Considerando o *quantum* da condenação definitiva (5 anos de reclusão) e a natureza e quantidade da droga apreendida (67,98 g de maconha), o regime prisional **semiaberto** é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de, confirmando a liminar deferida, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Nesse contexto, passo ao exame da suposta ilegalidade apontada pela defesa.

A Corte de origem manteve o regime inicial fechado sob os seguintes fundamentos:

"Pugna o Ministério Público pela reforma parcial da sentença para que seja



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

afastada a causa de diminuição de pena de que trata o art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, devendo ser acolhida sua pretensão.

Com efeito, a causa de diminuição em comento adveio da necessidade de se apenar de forma menos severa aqueles que se iniciam na vida do crime. A flexibilização, antes inexistente, concede ao magistrado a possibilidade de dosar a pena do agente à luz do caso concreto com vistas à individualização da pena.

Na hipótese de que se trata, o ora recorrido foi preso na posse de considerável quantidade de substância entorpecente com ex pressões alusivas à facção criminosa e de um rádio comunicador, instrumento muito utilizado por facções criminosas para avisar ao "movimento" sobre a chegada da polícia à região.

Ademais, o apelado confirmou a prática do crime, mas aduziu que o dinheiro e a droga eram de um "rapaz do movimento" e que teria recebido ordem para "descer e guardar".

Assim, evidente a associação do réu com organização criminosa, o que afasta a aplicação do redutor previsto no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06.

Passa-se ao redimensionamento da reprimenda.

Mantida a pena base fixada na sentença, pelos motivos lá consignados, e suprimida a redução de 2/3 na pena, relativa ao redutor previsto no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, face ao provimento do apelo ministerial, resta o réu condenado à pena final de 05 (cinco) anos de reclusão, além de 500 (quinhentos) dias-multa, fixados no valor mínimo legal, que torno definitiva à minguia de outras circunstâncias que a modifiquem.

(...)

Por tais motivos, dá-se provimento ao recurso ministerial para afastar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, restando o réu condenado à pena final de 05 (cinco) anos de reclusão, além de 500 (quinhentos) dias-multa, fixados no valor mínimo legal, em regime fechado, afastada a substituição de pena prevista no art. 44 do Código Penal." (e-STJ, fls. 15-18.)

E arremata quando do julgamento dos embargos de declaração:

"Embora louvável o esforço defensivo, certo é que o acórdão embargado não alterou o regime inicial de cumprimento da pena, mantendo o regime fechado imposto na sentença.

Pelo que se observa de fl. 142, o juízo de primeiro grau, justificadamente, fixou o regime em fechado, considerando que o acusado cometeu crime assemelhado a hediondo, o que foi mantido por esta Egrégia Câmara." (e-STJ, fls. 23-24.)

Inicialmente, convém destacar que a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

No caso em apreço, verifica-se **flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício**, pois a imposição do regime fechado está apoiada em mera fundamentação *ope legis*, decorrente de norma já declarada inconstitucional, o que não é admissível segundo reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça (Nesse sentido: AgRg no REsp 1.434.726/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015; AgRg no REsp 1.523.103/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 3/8/2015).

Entretanto, considerando o *quantum* da condenação definitiva (5 anos de reclusão) e considerando a natureza e quantidade da droga apreendida (67,98 g de maconha), o regime prisional **semiaberto** é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. RÉU CONDENADO À PENA DE 5 ANOS DE RECLUSÃO. (...) REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO SEM FUNDAMENTAÇÃO E MANTIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. 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.

- Hipótese em que o regime fechado foi estabelecido, na sentença, sem fundamentação e mantido, no acórdão, com base na hediondez e na gravidade abstrata do crime, que não constituem motivação idônea para a fixação de regime mais gravoso.

- Considerando a pena de 5 anos de reclusão, a primariedade do acusado, a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal e 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 do ora paciente.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para estabelecer o regime semiaberto em favor do paciente.

(HC 301.828/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2015, DJe 26/10/2015)"

Diante do exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem de ofício, a fim de, confirmando a liminar deferida, fixar o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0181508-2

HC 331.228 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00157086920138190054 054041772013 157086920138190054

EM MESA

JULGADO: 19/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: MARCELO DOS SANTOS FRANCISCO (PRESO)

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, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.