



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 313.085 - SP (2014/0345004-5)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VIVIAN MARIA LOPES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARGARETE MARTO MARIANO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PENA INFERIOR A 8 ANOS. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. REGIME FECHADO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06 E ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL - CP. 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 e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Quanto ao regime fechado, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

In casu, a pena imposta foi inferior a 8 anos e a causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 foi aplicada no patamar mínimo (1/6) em razão da grande quantidade e variedade das drogas apreendidas, qual seja, 59 invólucros plásticos contendo "maconha", com peso líquido de 104,52g, 55 invólucros plásticos contendo cocaína, com peso líquido de 84,91g e 159 invólucros plásticos contendo cocaína na forma de "crack", com peso líquido de 104,52g.

Dessa forma, não evidenciada ilegalidade na fixação do regime fechado, pois, embora a primariedade da paciente e o *quantum* de pena (art. 33, § 2º, "b", do CP) permitam, em tese, a fixação do regime semiaberto, a quantidade, diversidade e natureza das drogas apreendidas (art. 42 da Lei n. 11.343/06) justificam a imposição de regime mais gravoso, no caso o fechado, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Brasília (DF), 21 de junho de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 313.085 - SP (2014/0345004-5)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VIVIAN MARIA LOPES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARGARETE MARTO MARIANO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de MARGARETE MARTO MARIANO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da apelação n. 0020091-10.2013.8.26.0050.

Infere-se dos autos que a paciente foi condenada à pena de 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, inciso VI, ambos da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas com majoração da pena por envolvimento de adolescente).

Em sede de apelação, o Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso da defesa para reduzir a pena pecuniária, mantida a condenação, em acórdão assim ementado:

TRÁFICO DE DROGAS - INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA - ABSOLVIÇÃO IN ADMISSIBILIDADE - RÉ PRESA EM FLAGRANTE - QUANTIDADE EXPRESSIVA E DIVERSIDADE DE DROGAS (MACONHA, CRACK E COCAÍNA) E MODO COMO ESTAVAM ACONDICIONADAS COMPROVAM O NARCOTRÁFICO - PALAVRAS DOS AGENTES DA LEI CORROBORADAS POR DEMAIS ELEMENTOS CARREADOS AOS AUTOS - PROVA ROBUSTA - CONDENAÇÃO MANTIDA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA OUTRO FIM. TRÁFICO DE DROGAS - PEDIDO SUBSIDIÁRIO - BENESSE DO § 4º, ARTIGO 33, DA LEI 11.343/06 - REDUÇÃO NO GRAU MÁXIMO - INAPLICABILIDADE - RÉ PRIMÁRIA - IRRELEVÂNCIA - QUANTIDADE E DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME QUE INDICAM COMPORTAMENTO VOLTADO AO DELITO - MEDIDA FACULTATIVA QUE NÃO SE MOSTRA SUFICIENTE À PREVENÇÃO E REPRESSÃO DO NARCOTRÁFICO - CONDENAÇÃO MANTIDA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA OUTRO FIM. TRÁFICO DE DROGAS - PEDIDO SUBSIDIÁRIO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - IN



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ADMISSIBILIDADE - CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO - OBSERVÂNCIA DO REGIME ESPECIAL CRIADO PELA LEI 8.072/90 - CONDENAÇÃO MANTIDA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA OUTRO FIM. TRÁFICO DE DROGAS - PEDIDO SUBSIDIÁRIO - FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL SEMIABERTO - INADMISSIBILIDADE-REGIME INICIAL FECHADO - ADEQUAÇÃO À ESPÉCIE - DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO - INTELIGÊNCIA DA LEI Nº 11.464/2007. "Ressalto que há determinação expressa no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, de que as penas por crime hediondo ou equiparado iniciam-se no regime fechado". RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA OUTRO FIM (fls. 18/19).

Daí o presente *writ*, no qual a impetrante requer que a paciente inicie o cumprimento da pena em regime semiaberto, alegando que os requisitos do art. 33 do Código Penal foram satisfeitos, as circunstâncias judiciais são favoráveis e a quantidade da pena aplicada autoriza a fixação de regime mais brando que o fechado.

O pedido liminar foi deferido *"apenas para afastar a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado, com base na Lei n.º 8.072/90, determinando ao Tribunal a quo que proceda o exame do caso concreto, para aferir a eventual possibilidade de fixar à Paciente regime inicial menos severo, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal"* (fls. 42/44).

As informações solicitadas foram prestadas às fls. 53/54, 59/91 e 100/128; o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem para fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena (fls. 94/96).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 313.085 - SP (2014/0345004-5)

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 e do próprio Superior Tribunal de Justiça. 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 aplicação de regime inicial semiaberto para início de cumprimento de pena.

A sentença condenou a paciente à pena de 4 anos, 10 meses e 10 dias e fixou o regime inicial fechado, sob os seguintes fundamentos:

A acusada é primária e não ostenta antecedentes criminais. Sendo assim, observados os critérios estabelecidos no artigo 59 do Código Penal e artigo 42 da Lei nº 11.343/06, fixa-se a pena-base no mínimo legal, qual seja, cinco anos de reclusão e quinhentos dias multa, no valor unitário mínimo, atualizado.

Na segunda fase da dosimetria, inexistem agravantes ou atenuantes a serem consideradas.

Na terceira fase, verifica-se a presença da causa de aumento previstas no inciso VII, do artigo 40, da Lei nº 11.343/06, eis que o delito foi praticado envolvendo adolescente. Dessa forma, aumenta-se a reprimenda em 1/6 (um sexto), totalizando cinco anos e dez meses de reclusão, além de quinhentos e oitenta e quatro dias-multa, no valor unitário mínimo, atualizado.

Por fim, ainda em terceira fase, aplico a diminuição de pena prevista pelo §4º do art. 33 da Lei de Drogas, causa esta que, uma vez verificados seus requisitos, deve ser aplicada, ainda que de ofício.

[...]

Diante de tais ponderações e das constatações das provas produzidas, sobretudo levando-se em consideração a quantidade, espécies e variedades de substâncias entorpecentes encontradas ("crack", cocaína e maconha), reduzo a pena em 1/6 (um sexto), atendendo-se aos critérios de proporcionalidade que decorrem da própria norma que estipula um parâmetro dentro do qual a redução deve ser realizada. Como consequência, a pena passa para o patamar de quatro anos, dez meses e dez dias de reclusão e pagamento de quatrocentos e oitenta e seis dias-multa, no piso mínimo, atualizado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dada a natureza do crime, hediondo, entendo que o único regime de cumprimento de pena adequado e suficiente para início de cumprimento da pena é o fechado, sendo incabíveis quaisquer benefícios previstos no Código Penal nesta fase processual, especial a substituição por restritivas de direitos, por não ser socialmente recomendável (fls. 14/16).

O Tribunal a quo, por sua vez, ao manter o regime inicial fechado, asseverou:

Por fim, também não merece guarida o pedido de fixação de regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda. Adequado o regime inicial fechado nos termos da Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, cabendo ao Juízo das Execuções Criminais a análise do eventual preenchimento dos requisitos para a concessão de progressão. Se assim não fosse, não teria sentido outro regime a ser fixado. O legislador, ao tratar o traficante de drogas com o rigor necessário, até pelo fato de o delito ser equiparado a hediondo, negou-lhe vários benefícios que a outras espécies de criminosos seriam cabíveis, como fiança, indulto, sursis, liberdade provisória etc. Portanto, seria contraditório que, condenados, esses infratores recebessem pena alternativa ou cumprissem as reprimendas em regime diverso do fechado.

Lembro que há determinação expressa no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, de que as penas por crime hediondo ou equiparado iniciam-se no regime fechado (fls. 35).

Na hipótese, verifico que o regime prisional foi fundamentado exclusivamente na vedação legal, o que vai de encontro com a jurisprudência desta Corte, conforme se verifica:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. DESPROPORCIONALIDADE. ILEGALIDADE. 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 Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59 do Código Penal.

- No caso, o quantum da pena (2 anos e seis meses de reclusão) e a primariedade do paciente levariam a fixação do regime aberto. No entanto, tendo em vista que as circunstâncias judiciais não lhe são favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo, e as circunstâncias do caso concreto (quantidade e variedade da droga e o envolvimento de três adolescentes) a fixação do regime de cumprimento de pena no semiaberto se mostra adequado para a repressão do delito.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para cumprimento da pena privativa de liberdade (HC 324.129/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 07/10/2015).

Ademais, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Cumpre transcrever a ementa do referido julgado:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado (HC 111840, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013).

Todavia, ressalto que a pena imposta foi inferior a 8 anos e a causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 foi aplicada no patamar mínimo (1/6) em razão da grande quantidade e variedade das drogas apreendidas, qual seja, **59 invólucros plásticos** contendo "**maconha**", com peso líquido de 104,52g, **55 invólucros plásticos** contendo **cocaína**, com peso líquido de 84,91g e **159 invólucros plásticos** contendo cocaína na forma de "**crack**", com peso líquido de 104,52g.

Dessa forma, não evidencio ilegalidade na fixação do regime fechado, pois, embora a primariedade da paciente e o *quantum* de pena (art. 33, § 2º, "b", do CP) permitem, em tese, a fixação do regime semiaberto, a quantidade, diversidade e natureza das drogas apreendidas (art. 42 da Lei n. 11.343/06) justificam a imposição de regime mais gravoso, no caso o fechado, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA FIGURA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. INVIABILIDADE. INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS ESTABELECEAM QUE O PACIENTE DEDICA-SE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. REFERÊNCIAS À HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DEMONSTRADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

- 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 Superior tem decidido que a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, evidenciam a dedicação do réu à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Hipótese em que não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado pelas instâncias ordinárias com base na quantidade e variedade das drogas apreendidas (11 trouxinhas de maconha, 7 de crack e 27 invólucros de cocaína) e das circunstâncias em que o delito ocorreu, as quais indicam que o paciente dedicava-se a atividades criminosas. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*.

- 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.

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

- No caso, devem ser afastadas as referências feitas, na sentença e no acórdão recorridos, à hediondez do delito de tráfico como fundamentação para a fixação do regime mais gravoso. Todavia, é de ser mantido o regime fechado, pois há circunstância concreta que recomenda o regime mais gravoso, qual seja, a quantidade, a variedade e a nocividade das drogas apreendidas, tanto que não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado, de modo que deve ser mantido o regime fechado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- *Habeas corpus* não conhecido (HC 290.729/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 15/04/2016).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0345004-5

HC 313.085 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00200911020138260050 200911020138260050

EM MESA

JULGADO: 21/06/2016

Relator

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

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 : VIVIAN MARIA LOPES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARGARETE MARTO MARIANO

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.