



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 475.056 - SP (2018/0276855-2)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : JULIANA ARAUJO LEMOS DA SILVA - SP215256
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : STELLA DE FREITAS CAMILO
OUTRO NOME : STELLA DE FREITAS CAMILO ALVES

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA UTILIZADA PARA AFASTAR A REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, ALIADA A OUTROS ELEMENTOS. REEXAME MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. REGIME INICIAL FECHADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. ILEGALIDADE. REGIME **SEMIABERTO**. ADEQUADO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. TODAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS (ART. 33, § 2º, B, CP). **WRIT** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a *“dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade”* (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

III - Na **hipótese**, o v. acórdão impugnado fundamentou o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que a paciente dedicava-se a atividades criminosas (traficância), em razão da quantidade de droga apreendida e nas circunstâncias em que se deu a apreensão dos entorpecentes. Tudo isso, são elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Rever o entendimento do eg. Tribunal de origem para fazer incidir a causa especial de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diminuição, como reclama o impetrante, demandaria, necessariamente, **amplo revolvimento da matéria fático-probatória**, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**.

IV - O Plenário do col. **Supremo Tribunal Federal** declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal.

V - A jurisprudência do col. Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que *"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"* (Súmula n. 718/STF), e que *"a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea"* (Súmula n. 719/STF). **Importante consignar**, ainda, que, *"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"* (Súmula n. 440/STJ).

VI - **In casu**, verifica-se que o regime inicial fechado foi determinado tão somente com base **hediondez do delito**, não tendo sido apresentado fundamento concreto para imposição de regime mais gravoso do que o cabível em razão do **quantum** de pena aplicado.

VII - Sendo a ré primário, fixada a pena-base no mínimo legal e considerada como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime inicial **semiaberto** mostra-se mais adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do **art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal**.

Habeas Corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício** para estabelecer o **regime inicial semiaberto** para início de resgate da pena, mantidos os demais termos da condenação.

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2018 (Data do Julgamento)

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 475.056 - SP (2018/0276855-2)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : JULIANA ARAUJO LEMOS DA SILVA - SP215256
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : STELLA DE FREITAS CAMILO
OUTRO NOME : STELLA DE FREITAS CAMILO ALVES

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública estadual em favor de STELLA DE FREITAS CAMILO ALVES, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0002267-77.2013.8.26.0037.

Depreende-se dos autos que a paciente foi condenada, em primeira instância, às penas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (fls. 72/83).

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por maioria, proveu o apelo ministerial para afastar a causa especial de diminuição contida no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, redimensionando a reprimenda para 5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, afastada a substituição da pena, consoante voto condutor do v. acórdão de fls. 20-30.

Os embargos infringentes opostos às fls. 31-37, não foram conhecidos. Eis a ementa do julgado:

"EMBARGOS INFRINGENTES - Tráfico ilícito de drogas - Artigo 33, caput da Lei nº 11.343/2006 - Inadequação da via eleita - Havendo decisão de n3o conhecimento do Recurso Especial, deveria o d. causídico ter manejado o competente Agravo - Aplicação do princípio da Fungibilidade ~ Impossibilidade - Oposição dos Embargos Infringentes após decorrido o prazo de interposição do Agravo - EMBARGOS NÃO CONHECIDOS" (fl. 31).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dai o presente **writ**, onde a impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal no afastamento da figura do tráfico privilegiado, bem como na negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e na fixação do regime mais gravoso.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja restabelecida a minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, mantendo a r. sentença de primeiro grau. Subsidiariamente, pede a fixação do regime inicial semiaberto à paciente.

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 89-91.

Informações prestadas às fls. 99-10.

O Ministério Público Federal, às fls. 126-135, manifestou-se pela extinção do processo sem resolução de mérito ou pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

"HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. MANEJO DO WRIT COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL, SEM RESPALDO NAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 621 DO CPP. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO EM SUA FRAÇÃO MÁXIMA. DILAÇÃO PROBATÓRIA INCOMPATÍVEL COM A VIA PROCESSUAL ELEITA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PARECER PELA EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO OU PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM" (fl. 126).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 475.056 - SP (2018/0276855-2)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : JULIANA ARAUJO LEMOS DA SILVA - SP215256
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : STELLA DE FREITAS CAMILO
OUTRO NOME : STELLA DE FREITAS CAMILO ALVES

EMENTA

PENAL. **HABEAS** **CORPUS**
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO
CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS.
DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE
DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N.
11.343/06). INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A
ATIVIDADE CRIMINOSA UTILIZADA PARA
AFASTAR A REDUTORA DO TRÁFICO
PRIVILEGIADO, ALIADA A OUTROS
ELEMENTOS. REEXAME MATÉRIA
FÁTICO-PROBATÓRIA. REGIME INICIAL
FECHADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO
DELITO. ILEGALIDADE. REGIME
SEMIABERTO. ADEQUADO. RÉU PRIMÁRIO.
PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. TODAS
CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS
(ART. 33, § 2º, B, CP). **WRIT** NÃO CONHECIDO.
ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a “*dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade" (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).*

III - **Na hipótese**, o v. acórdão impugnado fundamentou o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que a paciente dedicava-se a atividades criminosas (tráfico), em razão da quantidade de droga apreendida e nas circunstâncias em que se deu a apreensão dos entorpecentes. Tudo isso, são elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Rever o entendimento do eg. Tribunal de origem para fazer incidir a causa especial de diminuição, como reclama o impetrante, demandaria, necessariamente, **amplo revolvimento da matéria fático-probatória**, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**.

IV - O Plenário do col. **Supremo Tribunal Federal** declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal.

V - A jurisprudência do col. Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que *"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"* (Súmula n. 718/STF), e que *"a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea"* (Súmula n. 719/STF). **Importante consignar**, ainda, que, *"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"* (Súmula n. 440/STJ).

VI - **In casu**, verifica-se que o regime inicial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fechado foi determinado tão somente com base **hediondez do delito**, não tendo sido apresentado fundamento concreto para imposição de regime mais gravoso do que o cabível em razão do **quantum** de pena aplicado.

VII - Sendo a ré primário, fixada a pena-base no mínimo legal e considerada como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime inicial **semiaberto** mostra-se mais adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do **art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal**.

Habeas Corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício** para estabelecer o **regime inicial semiaberto** para início de resgate da pena, mantidos os demais termos da condenação.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Conforme relatado, busca-se na presente impetração o restabelecimento da redutora do § 4º do art. 33, da Lei n. 11.343/06, com consequente fixação do regime semiaberto.

Inicialmente, cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a *“dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade" (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

Transcrevo, inicialmente, a fim de delimitar a **questão**, o seguinte excerto do v. acórdão impugnado sobre o afastamento da causa especial de diminuição de pena constante do § 4º do art. 33, da Lei n. 11.343/06 e do estabelecimento do regime inicial de cumprimento de pena, **in verbis**:

*"No concernente à individualização da medida repressiva, **mantém-se a pena-base no mínimo legal ou seja, cinco (5) anos de reclusão, mais multa no importe de quinhentos (500) dias- multa**, para, a seguir, já na última fase do artigo 68 do Código Penal, **sem se verificar atenuante ou agravante**, afastar a causa de diminuição reconhecida na sentença, concretizando a reprimenda no aludido patamar, tal como pleiteado pelo Ministério Público.*

Aqui, assevere-se que a ré acabou beneficiada, isso porque a quantidade e natureza lesiva da droga exigiam a fixação da pena-base em patamar superior, nos termos do artigo 42 da Lei nº. 11.343/06.

Sobre o tema, já se posicionou o Colendo Superior Tribunal de Justiça, ao assentar que "O art. 42 da Lei nº 11.343/06 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base, quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos. Na hipótese, à luz do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, a natureza da substância entorpecente apreendida 13 (treze) pedras de "crack"- justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3" (STJ, 5ª T., HC 225.575/ES, Relatora Ministra LAURITA VAZ, DJe de 05-06-12).

Entretanto, vedada solução diversa ante a falta de impugnação do Ministério Público nesse particular.

De outra parte, registre-se que a ré não faz jus à redução da pena, porquanto não comprovou exercer função lícita de forma satisfatória, quadro apto a indicar ser a mercancia espúria a "profissão" ou meio de vida dela, daí a dedicação a atividade criminosa obstaculizando o reconhecimento da causa de diminuição da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Tóxico.

[...]

Igualmente, consigne-se que a quantidade de droga apreendida juntamente com papel contendo anotações relativas ao tráfico tornam inadmissível o reconhecimento do privilégio em foco, servindo a situação para delinear estreito vínculo com organização criminosa, mesmo porque impossível ao "traficante isolado" ou singular obter tal volume de cocaína (STF, RHC 94.806/PR; STJ HC 105.216/SP e HC 141.921/SP; TJESP, Apelação Criminal nº.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

0006187-64.2012.8.26.0176, Relator Desembargador PENTEADO NAVARRO).

Em relação ao regime prisional, nítida a necessidade da imposição do retiro pleno para início de cumprimento da corporal, consoante artigo 2º, § 1º, da Lei nº. 8.072/90, com a redação trazida pela Lei nº. 11.464/07, único cabível diante do tráfico, ainda mais em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis antes apontadas.

Solução mais branda ensejaria sentimento de impunidade e incentivaria a prática de crime que há muito atormenta a população, decorrendo o regime fechado do maior rigor conferido pela própria Constituição Federal diante de delitos hediondos ou a estes equiparados (artigo 5º, XLIII).

Isso, destaque-se, não representa mera opinião do julgador a respeito da gravidade do crime; a providência decorre, sim, de fato concreto facilmente constatado através de circunstância judicial adversa (porte de quantidade considerável de drogas), a par do cometimento de infração penal de indiscutível gravidade e repercussão" (fls. 105-107, grifei).

Na hipótese, o v. acórdão impugnado fundamentou o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que a paciente dedicava-se a atividades criminosas (tráfico), em razão da quantidade de droga apreendida e nas circunstâncias em que se deu a apreensão dos entorpecentes. Tudo isso, são elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Ademais, rever o entendimento do eg. Tribunal de origem para fazer incidir a causa especial de diminuição, como reclama o impetrante, demandaria, necessariamente, **amplo revolvimento da matéria fático-probatória**, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**.

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DA DROGA E CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA ALIADA A OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DELITO. AUMENTO DESPROPORCIONAL. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A OITO ANOS DE RECLUSÃO. CONCURSO MATERIAL. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

3. Hipótese em que as instâncias ordinárias, atentas as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59 do CP, consideraram, além da expressiva quantidade de droga apreendida (80,6 kg de maconha), as circunstâncias graves do delito (o transporte de droga "nos mesmos veículos em que levavam seus filhos, todos crianças, sendo uma delas autista", expondo-as da pior forma possível, a presenciarem as prisões dos acusados e a apreensão da droga, além de terem ficado na delegacia aguardando o socorro de algum familiar) para elevar a pena-base, pelo crime de tráfico de entorpecentes, em metade (7 anos e 6 meses de reclusão), o que não se mostra desproporcional).

[...]

6. **Concluído pelas instâncias ordinárias, com fulcro na expressiva quantidade de entorpecente encontrado, assim como nas demais circunstâncias do delito, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a alteração desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. (Precedentes).**

7. Não há bis in idem quando, não obstante tenha sido valorada a quantidade da droga na primeira e na terceira etapa do cálculo da pena, há também outros elementos dos autos que, por si sós, evidenciam a dedicação do agente ao tráfico ilícito de entorpecentes. Precedentes.

[...]

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, tão-somente, reduzir a pena-base pelo delito de porte ilegal de arma de fogo, tornando-a definitiva em 2 anos e 4 meses de reclusão mais 11 dias-multa" (HC n. 372.973/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 23/2/2017, grifei).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DAS DROGAS APREENDIDAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MÍNIMO LEGAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO PRIVILEGIADO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ELEVADA QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. CIRCUNSTÂNCIA QUE DENOTA A DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES ILÍCITAS. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRIMADO DO NE BIS IN IDEM. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS QUE, APESAR DE TEREM JUSTIFICADO A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE, NÃO DEFINIRAM A FRAÇÃO REDUTORA DO PRIVILÉGIO, MAS APENAS IMPEDIRAM O SEU RECONHECIMENTO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente.

- No caso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade elevada e variada dos entorpecentes apreendidos, estando, portanto, em consonância ao dispositivo legal mencionado.

- Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa. Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

- Não há bis in idem quando o Tribunal a quo fixa a pena-base acima do mínimo por conta da quantidade elevada da droga apreendida e afasta a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação da paciente à atividade criminosa. Precedentes.

- **Hipótese em que inexistente coação ilegal no não reconhecimento do tráfico privilegiado pelas instâncias de origem, com base no fato de os pacientes dedicarem-se às atividades criminosas, ante a quantidade elevada e variada das drogas apreendidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito, notadamente agravadas diante da apreensão de dinheiro, munição e rádio comunicador, elementos aptos a justificar o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006. Alterar tal entendimento importa em revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido" (HC n. 379.203/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 10/2/2017, grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. LIMITE OBJETIVO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Embora a acusada fosse tecnicamente primária ao tempo do delito e possuidora de bons antecedentes, as instâncias ordinárias entenderam incabível a aplicação da minorante descrita no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 com base em elementos concretos que indicam a sua integração em organização criminosa, voltada especialmente para o tráfico de drogas.

2. Para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que a agravante não integraria organização criminosa, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência essa que, como cediço, é vedada na via estreita do habeas corpus.

3. Conquanto a agravante haja sido condenada a reprimenda superior a 4 anos e inferior a 8 anos de reclusão, foram apontados elementos concretos e idôneos - notadamente a quantidade da droga apreendida - que, efetivamente, evidenciam ser o regime inicial fechado o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, consoante o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal, com observância também ao preconizado no art. 42 da Lei de Drogas.

4. Não há como determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando o agente foi condenado a reprimenda acima de 4 anos de reclusão, superior, portanto, ao limite objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

5. Agravo regimental não provido" (AgInt no HC n. 402.261/MS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 27/10/2017, grifei).

Com relação ao regime prisional, cumpre registrar que o Plenário do col. **Supremo Tribunal Federal** declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal. Esse também é entendimento perfilhado por esta Corte, **in verbis**:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS, PORTE ILEGAL DE ARMA E RECEPÇÃO. PENAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. DESCABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SANÇÃO MAIOR QUE QUATRO ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. RÉU PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. ADEQUAÇÃO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

7. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

8. Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, em se tratando de réu primário e com bons antecedentes, não existe razão para negar o regime inicial semiaberto.

9. Ordem de habeas corpus não conhecida. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente" (HC n. 239.999/MS, **Quinta Turma**, Rel^a. Min^a. **Laurita Vaz**, DJe de 21/8/2014, grifei).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. QUANTIDADE DE DROGAS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. [...]

3. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

4. In casu, a imposição do regime inicial fechado baseou-se, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Ademais, sequer foi analisada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quanto aos pacientes DEIVID e SIDNEY.

[...]

6. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastadas a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas e a fundamentação referente à gravidade abstrata do delito, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, quanto aos três pacientes, e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, quanto aos pacientes DEIVID e SIDNEY" (HC n. 271.147/SP, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 26/9/2014, grifei).

Ademais, a jurisprudência do col. Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que: "*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*" (Súmula n. 718/STF), e que: "*a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea*" (Súmula n. 719/STF).

Importante consignar, ainda, que, "*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*" (Súmula n. 440/STJ).

Na hipótese, verifica-se nos trechos acima colacionados que o regime inicial fechado foi determinado basicamente na **hediondez do delito**, não tendo sido apresentado fundamento concreto para imposição de regime mais gravoso do que o cabível em razão do **quantum** de pena aplicado.

Sendo a ré primária, fixada a pena-base no mínimo legal e considerada como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime inicial **semiaberto** mostra-se mais adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea **b**, do Código Penal.

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

"CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. SÚMULA 440/STJ. ORDEM NÃO CONHECIDA E HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

2. Os fundamentos genéricos utilizados do decreto condenatório não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), contrariando a Súmula 440 deste Superior Tribunal.

3. A teor dos artigos 33, §§ 2º, alínea "b", e 3º, c/c 59, ambos do CP, não se afigura idônea a justificativa apresentada para afastar a aplicação ao caso concreto do regime semiaberto para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade.

4. Estabelecida a pena-base no mínimo legal, pois o Julgador de 1º grau não entendeu que as circunstâncias do crime desbordavam das ínsitas ao crime de roubo, não se afigura razoável a imposição de regime prisional mais gravoso do que o indicado pela quantidade de pena fundada na gravidade abstrata do delito. Além disso, o simples fato de o paciente ter sido beneficiado com o reconhecimento da continuidade delitiva não permite o recrudescimento do meio prisional de desconto da reprimenda.

*5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de estabelecer o regime prisional semiaberto para o desconto da sanção corporal imposta ao paciente, salvo se, por outro motivo, estiver descontando pena em regime mais severo" (HC n. 356.130/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 14/11/2016, grifei).*

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO PELO USO DE ARMA DE FOGO E PELO CONCURSO DE PESSOAS (ART. 157, § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL). UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE INFERIOR A 8 ANOS. PACIENTE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRIMÁRIO. PENA-BASE ESTABELECIDADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL FECHADO, PARA INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA, COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO, PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 440 DO STJ E 718 E 719 DO STF. EXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

[...]

V. Cuida-se, na presente hipótese, de réu primário, cuja pena definitiva restou fixada em 5 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, tendo a pena-base sido fixada no mínimo legal, por serem favoráveis as circunstâncias judiciais (art. 59 CP), e o regime inicial estabelecido com base na gravidade abstrata do delito de roubo circunstanciado, pelo emprego de arma de fogo. O mesmo acórdão registrara que, "neste caso concreto, apesar do uso de uma arma de fogo e concurso de pessoas, não se vislumbra relevância em tais circunstâncias".

VI. Se todas as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis ao paciente, primário, sendo-lhe fixada a pena-base no mínimo legal, não há como manter o regime inicial fechado, invocando a gravidade abstrata do delito de roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo, razão pela qual deve ser fixado o regime inicial semiaberto, com fundamento no art. 33, §§ 2º, b, e 3º, do Código Penal. Incidência das Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

VII. Habeas corpus não conhecido.

VIII. Ordem concedida, de ofício, na esteira do parecer ministerial, para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade (art. 33, §§ 2º, b, e 3º, CP)" (HC n. 274.655/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Assusete Magalhães, DJe de 3/2/2014, grifei).

Ante o exposto, não conheço do writ.

Contudo, **concedo a ordem de ofício** para estabelecer o **regime inicial semiaberto** para resgate da pena, mantidos os demais termos da condenação.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0276855-2

HC 475.056 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00022677720138260037 20150000094714 22677720138260037

EM MESA

JULGADO: 13/12/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	JULIANA ARAUJO LEMOS DA SILVA - SP215256 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	STELLA DE FREITAS CAMILO
OUTRO NOME	:	STELLA DE FREITAS CAMILO ALVES

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.