



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 392.083 - SP (2017/0055913-9)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : TIAGO LEARDINI BELLUCCI
ADVOGADO : TIAGO LEARDINI BELLUCCI - SP333564
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JAILSON HOLANDA GUERRA (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO PARA INÍCIO DE RESGATE DA REPRIMENDA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REPRIMENDA FINAL INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. QUANTIDADE DE DROGA VALORADA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. **HABEAS CORPUS** 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 - **Na hipótese**, a pena do paciente foi fixada abaixo de quatro anos. Não obstante, não se pode olvidar que a quantidade de entorpecente foi considerada na terceira fase da dosimetria, modulando a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Sendo desfavorável tal circunstância, impede a fixação do regime menos gravoso unicamente em razão da quantidade de pena imposta ao paciente, devendo, contudo, ser mantido o regime intermediário para o início de cumprimento da pena.

Habeas corpus não conhecido. **Contudo, concedo a ordem, de ofício**, para, confirmando liminar anteriormente deferida, fixar o regime semiaberto para início de cumprimento da pena.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de junho de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 392.083 - SP (2017/0055913-9)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de JAILSON HOLANDA GUERRA contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação n. 0000390-62.2016.8.26.0663.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, como incurso no delito de tráfico de drogas às penas de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, no regime inicial fechado, mais 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa (fls. 9-26).

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o eg. Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao apelo defensivo para reduzir a reprimenda imposta para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão mais 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, mantido o regime mais gravoso para resgate da reprimenda. Eis a ementa do v. acórdão:

"TÓXICO. Tráfico ilícito. Negativa do réu isolada no quadro probatório e infirmada pelas circunstâncias da abordagem e pela quantidade de droga apreendida. Prova robusta da autoria e da materialidade delitiva. Condenação mantida. Básicas fixadas em um sexto acima dos mínimos legais diante da grande quantidade de droga apreendida, circunstância também considerada na última fase da dosimetria. Impossibilidade. Caracterização de 'bis in idem'. Precedente do STF. Penas-base que devem retornar ao piso. Aplicação do redutor no patamar de metade que não comporta modificação. Caráter hediondo do delito que não é afastado pela redução das penas, daí a impossibilidade de mitigação do regime prisional, fixado corretamente para o fechado, e da substituição da corporal por restritivas de direitos. Apelo parcialmente provido para a redução das penas" (fl. 29).

Daí o presente **writ**, no qual sustenta o impetrante, em linhas gerais, que ocorre constrangimento ilegal em razão da ausência de fundamentação idônea para imposição do regime fechado para resgate da pena, *"porquanto está calcada na gravidade abstrata e através do argumento genérico, violando, assim, a súmula 440 do STJ e a súmula 718 do STF"* (fl. 3).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Requer, nesse sentido, a fixação do regime inicial mais brando para o cumprimento da pena.

Liminar deferida, às fls. 70-71, em menor extensão e tão somente para o paciente aguarda no regime semiaberto até o julgamento do mérito da presente impetração.

As informações foram prestadas às fls. 83-100.

O Ministério Público Federal, às fls. 104-109, opinou pelo não conhecimento do writ e concessão parcial da ordem, de ofício, em parecer assim ementado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. NÃO CABIMENTO. RESTRIÇÃO AO USO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL. ILEGALIDADE FLAGRANTE. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT, MAS PELA CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM, APENAS PARA QUE SEJA FIXADO O REGIME PRISIONAL INICIAL SEMIABERTO" (fl. 104).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 392.083 - SP (2017/0055913-9)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO PARA INÍCIO DE RESGATE DA REPRIMENDA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REPRIMENDA FINAL INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. QUANTIDADE DE DROGA VALORADA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. **HABEAS CORPUS** 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 - **Na hipótese**, a pena do paciente foi fixada abaixo de quatro anos. Não obstante, não se pode olvidar que a quantidade de entorpecente foi considerada na terceira fase da dosimetria, modulando a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Sendo desfavorável tal circunstância, impede a fixação do regime menos gravoso unicamente em razão da quantidade de pena imposta ao paciente, devendo, contudo, ser mantido o regime intermediário para o início de cumprimento da pena.

Habeas corpus não conhecido. **Contudo, concedo a ordem, de ofício**, para, confirmando liminar anteriormente deferida, fixar o regime semiaberto para início de cumprimento da pena.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Insta consignar, inicialmente, que 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**.

Pretende o impetrante, em síntese, por meio do presente **writ**, a fixação do regime aberto para início de resgate da pena do paciente e a substituição desta por pena restritiva de direitos.

Transcrevo, a fim de delimitar a **quaestio**, os seguintes trechos do voto condutor do v. acórdão impugnado:

"Contudo, as penas comportam reparo.

As penas-base foram fixadas em um sexto acima dos mínimos legais, levando-se em conta a quantidade de maconha apreendida, particularidade também considerada na terceira fase, por ocasião da aplicação do redutor, o que caracteriza bis in idem, como decidiu o Colendo Supremo Tribunal Federal: 'As circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena' (Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 666.334 RG/AM).

Assim, fixam-se as básicas no piso, ou seja, em cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa. A seguir, ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, fica mantida, até mesmo diante da ausência de recurso ministerial, a aplicação da causa de diminuição no patamar de metade, totalizando dois anos e seis meses de reclusão e duzentos e cinquenta dias-multa, de valor unitário mínimo.

Registre-se que o acusado realmente não faz jus a maior redução do que a efetuada, diante da grande quantidade de maconha encontrada em sua residência, do fato de que guardava o entorpecente para terceira pessoa e de haver, ainda, delação anônima vinculando-o à traficância.

Ademais, a pena de multa não depende de requerimento do órgão acusatório, porque é cominada ao tipo legal em que incorreu o sentenciado, de forma cumulativa à privativa de liberdade, razão pela qual não há falar em aplicação apenas desta última.

A pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do artigo 44, do Código Penal, não pode ser deferida, pois, a despeito de o quantum permiti-la, em princípio, a medida também não se mostra suficiente à reprovação e prevenção do gravíssimo delito praticado, equiparado a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hediondo, ainda que aplicado o redutor e a despeito da Resolução nº 05/2012, do Senado Federal, que afastou a vedação prevista no próprio artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, por entendê-la inconstitucional.

Não se perca de vista que, ainda que afastada a vedação legal específica, é necessário, para a substituição de pena corporal por restritiva de direitos, qualquer que seja o crime, a verificação dos critérios legais, previstos no artigo 44, do Código Penal, e notadamente que a medida seja suficiente à repressão e prevenção do delito, conforme o inciso III de tal dispositivo legal. E na hipótese dos autos, não pode ser considerada ínfima a quantidade de droga apreendida, que certamente iria ser disseminada a grande número de pessoas.

Por fim, o regime prisional foi fixado pela sentença para o inicial fechado, de acordo com a Lei nº 11.464/07, e é imodificável, já que a aplicação da causa de diminuição interfere somente na quantidade de pena, não na qualificação ou natureza do crime, que continua equiparado aos hediondos.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso para reduzir as penas do apelante a 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, restando mantida, no mais, a sentença impugnada" (fls. 32-33, grifos meus).

Pois bem. Oportuno frisar que o deferimento do regime **aberto** se dá desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos, bem como a **inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis**.

Assentada tal premissa, cumpre asseverar o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06, segundo o qual "O juiz, na 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 a conduta social do agente".

Sobre o tema, não se pode olvidar que o col. **Supremo Tribunal Federal**, por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual caracteriza **bis in idem** tal valoração tanto na primeira quanto na terceira fases do cálculo da pena (ARE n. 666.334/AM, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJe de 6/5/2014).

Forçoso concluir, assim, que permitiu o col. STF, **mutatis mutandis**, a valoração de tal circunstância desfavorável (a quantidade e a natureza do entorpecente) na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

primeira ou na terceira fase da dosimetria da pena do delito de tráfico de drogas.

É o caso dos autos, em que, como visto, **a quantidade de entorpecente apreendido** (4 tijolos de maconha, pesando aproximadamente 2.730 g, conforme fl. 39) foi considerada na terceira fase da dosimetria, **impedindo** a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei n.11.343/06, **em seu grau máximo**.

Sendo referida circunstância desfavorável, portanto, impede a fixação do regime aberto unicamente em razão da quantidade de pena imposta ao paciente, sendo aplicável o regime mais gravoso na sequência, qual seja, o **semiaberto**.

Nesse sentido os seguintes precedentes deste Tribunal Superior :

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO 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 necessária fundamentação específica, com base nas circunstâncias judiciais desfavoráveis e em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719 do STF.

- Considerando que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da quantidade, diversidade e natureza das drogas apreendidas, para uma pena definitiva inferior a 4 anos de reclusão, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

- Embora o quantum de pena fixado seja inferior a 4 anos, a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direitos. Precedentes.

*- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto" (HC n. 299.114/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 14/10/2016).*

"PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. FUNDAMENTO COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (128 PINOS DE COCAÍNA). FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO. FUNDAMENTO CONCRETO PARA A FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO - O SEMIABERTO - E NÃO O FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a natureza, a variedade e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a imposição do regime mais severo e para o indeferimento da substituição das penas. Precedentes.

3. Todavia, embora válido o fundamento para o recrudesimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos - 2 anos e 6 meses - cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal. Precedentes.

4. Conforme o novel entendimento do STF, HC n. 118.533/MS, o tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos, pois o tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa, havendo evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90.

*5. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva" (HC n. 367.301/SP, **Sexta turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 17/10/2016).*

Ante o exposto, não conheço do presente habeas corpus. Contudo, concedo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a ordem, de ofício, para, confirmando liminar anteriormente deferida, fls. 70-71, fixar o regime semiaberto para início de cumprimento da pena.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0055913-9

HC 392.083 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00003906220168260663 03906216 20160000937846 3906216 3906220168260663

EM MESA

JULGADO: 20/06/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : TIAGO LEARDINI BELLUCCI
ADVOGADO : TIAGO LEARDINI BELLUCCI - SP333564
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JAILSON HOLANDA GUERRA (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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.