



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 355.887 - SP (2016/0120561-3)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : PAULO SÉRGIO DE OLIVEIRA
ADVOGADO : PAULO SÉRGIO DE OLIVEIRA - SP121461
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANIELLA OSTAPCZUK UNGARETTE (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. AFASTAMENTO DO CARÁTER HEDIONDO NO CRIME DE TRÁFICO PRIVILEGIADO. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELO EG. TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA VALORADA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. **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 - O col. **Supremo Tribunal Federal**, por ocasião do julgamento do ARE 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).

III - Desta forma, conforme orientação do col. STF, a circunstância desfavorável da natureza e quantidade de entorpecentes apreendidos pode ser considerada ora na primeira fase, para exasperar a pena-base, ora na terceira fase da dosimetria, impedindo a aplicação ou modulando a fração de redução da minorante contida no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006.

IV - **Na espécie**, a referida circunstância foi considerada na terceira fase da dosimetria, para impedir a incidência da minorante, em seu grau máximo, **mormente pelo fato de a paciente trazer consigo 97 g de cocaína e 241 g de maconha**. Sendo desfavorável, portanto, impede a fixação do regime prisional aberto, sendo aplicável o regime mais rigoroso em sequência, qual seja, o **semiaberto**.

V - Em decorrência da presença de **circunstância judicial desfavorável**, não há falar em possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direitos, uma vez que, na presente hipótese, não estão preenchidos os requisitos do artigo 44 do Código Penal.

VI - Em recente decisão, proferida nos autos do **HC n. 118.553/MS**, da relatoria da e. Ministra **Cármem Lúcia**, o Plenário do Supremo Tribunal Federal definiu que *"O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n.11.343/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos"*. Deste modo, aplica-se tal entendimento ao presente caso.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.

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, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

SUSTENTOU ORALMENTE: DR. PAULO SÉRGIO DE OLIVEIRA (P/PACTE).

Brasília (DF), 10 de novembro de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 355.887 - SP (2016/0120561-3)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de DANIELLA OSTAPCZUK UNGARETTE, em face de v. acórdão proferido pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que a paciente foi condenada à pena de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, como incurso nas sanções do artigo 33, **caput**, c/c o artigo 40, inciso III, ambos da Lei n. 11.343/06.

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus** perante o eg. Tribunal de origem, que denegou a ordem.

Daí o presente **writ**, no qual aduz o impetrante, em breve síntese, que *"tendo sido consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, não há razão a justificar o estabelecimento do regime fechado"* (fl. 7).

Requer, ao final, *"a modificação do regime inicial da pena, bem como determinar que o juiz de primeiro grau substitua a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos"* (fl. 15).

A liminar foi deferida às fls. 31-33, tão somente, para que a paciente aguarde no regime semiaberto o julgamento final deste **writ**.

As informações foram prestadas às fls. 43-70.

O representante do Ministério Público Federal, às fls. 72-75, manifestou-se pela **concessão da ordem**, a fim de que seja fixado o regime semiaberto para início de cumprimento da pena.

Foi juntada aos autos a petição de fls. 93-101, onde a defesa requer a ampliação da liminar concedida, a fim de que seja declarado o afastamento do caráter hediondo no crime de tráfico privilegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 355.887 - SP (2016/0120561-3)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. AFASTAMENTO DO CARÁTER HEDIONDO NO CRIME DE TRÁFICO PRIVILEGIADO. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELO EG. TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA VALORADA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. **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 - O col. **Supremo Tribunal Federal**, por ocasião do julgamento do ARE 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).

III - Desta forma, conforme orientação do col. STF, a circunstância desfavorável da natureza e quantidade de entorpecentes apreendidos pode ser considerada ora na primeira fase, para exasperar a pena-base, ora na terceira fase da dosimetria, impedindo a aplicação ou modulando a fração de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

redução da minorante contida no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006.

IV - **Na espécie**, a referida circunstância foi considerada na terceira fase da dosimetria, para impedir a incidência da minorante, em seu grau máximo, **mormente pelo fato de a paciente trazer consigo 97 g de cocaína e 241 g de maconha**. Sendo desfavorável, portanto, impede a fixação do regime prisional aberto, sendo aplicável o regime mais rigoroso em sequência, qual seja, o **semiaberto**.

V - Em decorrência da presença de **circunstância judicial desfavorável**, não há falar em possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que, na presente hipótese, não estão preenchidos os requisitos do artigo 44 do Código Penal.

VI - Em recente decisão, proferida nos autos do **HC n. 118.553/MS**, da relatoria da e. Ministra **Cármem Lúcia**, o Plenário do Supremo Tribunal Federal definiu que *"O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n.11.343/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos"*. Deste modo, aplica-se tal entendimento ao presente caso.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.

VOTO

O 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**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Transcrevo, a fim de delimitar a **quaestio**, o seguinte excerto da r. sentença condenatória, **in verbis**:

"[...] Não verifico circunstâncias judiciais desfavoráveis, motivo pelo qual estabeleço a pena-base no piso: 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Incide a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06, já que o crime ocorreu nas dependências de estabelecimento prisional, o que ocasiona o aumento da pena em 1/6, resultando-a definitiva em 5 (cinco) anos e 10 (meses) de reclusão, além de 583 dias-multa no patamar mínimo legal, em razão da situação econômica da ré.

*Nos termos do art. 33, § 4º da Lei de Drogas, considerando-se que a ré não ostenta antecedentes criminais, nem integra organização criminosa, **mas sopesando a considerável quantidade de droga apreendida**, reduzo de 1/2 a reprimenda, estabelecendo-a em 02 anos e 11 meses de reclusão e pagamento de 291 dias multa.*

[...]

O regime inicial de cumprimento da pena será o fechado, ante a previsão legal, o que impossibilita a substituição da reprimenda por restritiva de direito ou fixação de regime mais brando, até mesmo diante da gravidade do fato" (fls. 24-25).

O v. acórdão reprochado, por sua vez, estabeleceu:

"[...] A fixação do regime prisional inicial fechado está embasada na gravidade do crime, persistindo os fundamentos que nortearam a decisão que decretou a prisão preventiva da paciente (fl. 17).

[...]

Portanto, não há constrangimento ilegal a ser debelado pela via eleita, nada impedindo, porém que no âmbito mais amplo da apelação a questão do regime prisional, e, também, de eventual substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos sejam revistas" (fls. 18-19).

Inicialmente, quanto ao fundamento da gravidade abstrata do delito, tal entendimento encontra-se, inclusive, sumulado, conforme pode se depreender dos enunciados n. 718 e 719 da Súmula/STF, e n. 440 da Súmula/STJ, os quais transcrevo a seguir, 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."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

"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."

Assentada tal premissa, cumpre asseverar o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, 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 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 referida circunstância foi fixada na terceira fase da dosimetria, **impedindo** a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 em seu grau máximo, mormente quando se extrai da sentença condenatória que **a paciente trazia consigo 97 g de cocaína e 241 g de maconha (fl. 20)**. Sendo desfavorável, portanto, impede a fixação do regime aberto, sendo aplicável o regime mais gravoso em sequência, qual seja, o **semiaberto**.

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, EM PRIMEIRO GRAU, ÀS PENAS DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO E 250 DIAS-MULTA. COM O JULGAMENTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DO RECURSO DE APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, FOI EXCLUÍDA A DIMINUIÇÃO DA PENA DECORRENTE DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. RESTABELECIMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. REGIME PRISIONAL FECHADO COM BASE NA HEDIONDEZ E SUPOSTA DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA NÃO COMPROVADA. IMPOSSIBILIDADE. REGIME SEMIABERTO ADEQUADO, ANTE A QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS SUFICIENTES A JUSTIFICAR A NÃO APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

[...]

- 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 necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

- **Considerando a pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, a primariedade do acusado, a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, mas, tendo em vista a quantidade e a diversidade da droga apreendida (20 tubos de plástico tipo eppendorf contendo cocaína, pesando 13,8g; 10 tabletes de maconha, com peso de 15,2g; e 36 pedras de crack, com peso de 16,5g), deve ser fixado, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal, o regime inicial semiaberto.**

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para restabelecer a sentença que estipulava a pena em 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa e fixar o regime inicial semiaberto" (HC n. 319.496/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 11/11/2015, grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Destarte, em decorrência da presença de **circunstância judicial desfavorável**, não há falar em possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que, na presente hipótese, não estão preenchidos os requisitos do artigo 44, do Código Penal.

Por fim, no que concerne ao pedido de afastamento do caráter hediondo do crime de tráfico privilegiado, tenho que o **writ** merece ser concedido. Isto porque, há entendimento recente sobre o tema, da lavra do col. Supremo Tribunal Federal, exarado no **HC n. 118.533/MS**, da relatoria da e. Ministra **Cármem Lúcia**, o qual deve ser estendido ao presente **mandamus**. Eis a ementa:

"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. 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.

2. 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.

3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90.

4. Ordem concedida".

Ante o exposto, **não conheço do presente habeas corpus. Todavia, concedo a ordem de ofício**, para, confirmando a liminar, fixar o regime prisional semiaberto para o início do cumprimento da pena da paciente, bem como determinar ao d. Juízo das Execuções Criminais que examine eventuais benefícios a serem concedidos à paciente em virtude da decisão proferida no âmbito do **HC n. 118.533/MS**, do Excelso Pretório.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0120561-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 355.887 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00015728720158260673 15728720158260673 20160000272730 20689532620168260000

EM MESA

JULGADO: 10/11/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : PAULO SÉRGIO DE OLIVEIRA
ADVOGADO : PAULO SÉRGIO DE OLIVEIRA - SP121461
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANIELLA OSTAPCZUK UNGARETTE (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTOU ORALMENTE: DR. PAULO SÉRGIO DE OLIVEIRA (P/PACTE)

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, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.