



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 404.086 - SP (2017/0144272-7)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : WELLINGTON FREITAS RIBEIRO (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA SOPESTADA PARA AFASTAR A REDUTORA NA TERCEIRA FASE DA PENA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. 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.
2. 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.
3. No caso, a quantidade da droga apreendida foi utilizada como elemento de convicção para o afastamento da causa especial de diminuição da pena, o que justifica o regime mais gravoso.
4. Dessa forma, sendo tal circunstância desfavorável (quantidade) e tratando-se de condenação que excede 4 anos de reclusão, há impedimento para a fixação do regime diverso do fechado, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006, apesar de o paciente ser primário e a pena-base ter sido fixada no mínimo legal.
5. Agravo regimental não provido.

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, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de abril de 2018(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 404.086 - SP (2017/0144272-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : WELLINGTON FREITAS RIBEIRO (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto pela DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO contra decisão que não conheceu do *habeas corpus* (fls. 171/182).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, incidente a minorante constante do § 4º do mesmo artigo (fls. 9/16).

Irresignadas, as partes interpuseram apelações, sendo que o recurso da defesa foi improvido e o ministerial parcialmente provido para afastar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, com redução da pena-base ao mínimo legal, além de aplicar a causa de aumento constante do art. 40, III, do mesmo estatuto, razão pela qual a pena do paciente foi redimensionada para 5 anos e 10 meses de reclusão e multa, alterando-se o regime prisional para inicial fechado (fls. 17/34).

No presente *mandamus* (fls. 1/8), a impetrante sustentou que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois afastou o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 com base em fundamento inidôneo, qual seja, o fato de a Corte local não concordar com a regra do privilégio. No ponto, afirmou que o paciente preenchia os requisitos previstos na norma cuja vigência foi negada, sendo que a quantidade de entorpecentes não impede o benefício.

Além disso, asseverou ser ilegal a aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, porquanto o Ministério Público não comprovou que o tráfico visava a atingir os estudantes ou funcionários da instituição de ensino. Entendeu que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mera posição geográfica da escola não autoriza a incidência da majorante.

Aduziu, outrossim, que o regime prisional mais gravoso baseou-se na gravidade intrínseca do delito, devendo ser abrandado.

Em consequência do redimensionamento da pena, defendeu ser cabível o estabelecimento do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ao final, formulou pedido liminar para que o paciente aguardasse o julgamento deste *writ* em liberdade ou em regime mais brando e, no mérito, pediu a concessão da ordem para que a pena do paciente seja reduzida, alterando-se o regime prisional para aberto, além da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 39/41.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 163/168, pela denegação da ordem.

Em decisão acostada às fls. 171/182, este Relator não conheceu a impetração.

No presente agravo (fls. 187/189), a Defensoria Pública afirma que o regime fechado não deveria ter sido mantido, tendo em vista que a fundamentação utilizada pelo Tribunal local era inidônea, qual seja, a hediondez do delito.

Pleiteia, assim, a reconsideração da decisão agravada ou, caso contrário, sua submissão ao órgão colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 404.086 - SP (2017/0144272-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

A despeito das alegações do agravante, entendo que a decisão impugnada deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Isso porque, não obstante a fundamentação do regime tenha sido a hediondez do delito, a quantidade da droga apreendida - 940 g de maconha (fl. 29) - foi utilizada como elemento de convicção para o afastamento da causa especial de diminuição da pena, o que justifica o regime mais gravoso.

Dessa forma, sendo tal circunstância desfavorável (quantidade) e tratando-se de condenação que excede 4 anos de reclusão, há impedimento para a fixação do regime diverso do fechado, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006, apesar de o paciente ser primário e a pena-base ter sido fixada no mínimo legal.

Nesse sentido, seguem os seguintes precedentes da Quinta e Sexta Turmas deste Tribunal Superior:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS. INCABÍVEL. INOVAÇÃO NOS FUNDAMENTOS PELA CORTE DE ORIGEM EM RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. POSSIBILIDADE. PROFUNDIDADE DO EFEITO DEVOLUTIVO. NÃO OCORRÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA APREENDIDA. MODO FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

6. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.

7. Embora o paciente seja tecnicamente primário e a pena aplicada seja de 6 anos de reclusão, revela-se adequado o regime inicial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fechado para o cumprimento da pena reclusiva, diante da quantidade, da natureza e da variedade de droga apreendida (8 porções de maconha, pesando 2,900 kg e 8 porções de cocaína, pesando 16g), conforme assentado no acórdão impugnado (art. 33, § 3º, do Código Penal c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

8. Habeas corpus não conhecido.

(HC 386.940/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 23/03/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. 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. READEQUAÇÃO DO REGIME INICIAL. A PACIENTE INTEGRAVA ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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 caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. Vale dizer, "o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves, DJU de 11/4/2005).

III - In casu, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que o paciente dedicava-se a atividades criminosas (traficância) e associação criminosa reiterada, em razão não somente da quantidade e diversidade de droga apreendida (maconha, cocaína e crack), mas também das circunstâncias em que se deu a apreensão dos entorpecentes ("a divisão de tarefas, a quantidade de material encontrado no local como balança digital, rolos de plástico tipo filme, rolo de papel alumínio e as diversas anotações discriminando nomes e valores" (fl. 39)). Tudo isso, são elementos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

IV - No que tange ao estabelecimento do regime inicial de fechado, não obstante o equívoco fundamento da hediondez do delito como justificadora de tal regime, verifica-se que o regime mais gravoso foi fixado com base na participação da paciente em associação criminosa, considerada na terceira fase da dosimetria da pena para afastar a incidência da redutora do tráfico privilegiado. Desse modo, sendo tal circunstância desfavorável, impede a fixação do regime diverso do fechado, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, do art. 42 da Lei n. 11.343/06, apesar de ser a paciente primária e as penas-base terem sido fixadas no mínimo legal.

Habeas Corpus não conhecido.

(HC 410.645/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/11/2017, DJe 01/12/2017)

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO HERÓICO. (I) DOIS PACIENTES. CONDENAÇÃO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (PARA AMBOS). POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO (APENAS PARA UM DELES). (II) REGIME INICIAL FECHADO. NATUREZA HEDIONDA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. GRAVIDADE ABSTRATA DOS FATOS. PACIENTES PRIMÁRIOS E DE BONS ANTECEDENTES. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. (III) SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. VARIEDADE E NOCIVIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. INVIABILIDADE.

1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício (Precedentes).

2. A declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 e da parte final do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 pelo Supremo Tribunal Federal afastou a obrigatoriedade da aplicação do regime inicial fechado e impôs seja apreciada, caso a caso, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos, em se tratando de condenados pela prática de crimes hediondos e delitos a eles equiparados (Precedentes).

3. Caso em que o Tribunal de Justiça estabeleceu o regime mais gravoso para o início do cumprimento da pena dos pacientes, com fulcro na gravidade abstrata do delito e no dispositivo da Lei de Crimes Hediondos considerado inconstitucional pela Suprema



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Corte.

4. Conquanto a reprimenda final da paciente virago tenha sido fixada em 3 anos e 4 meses, revela-se inviável a fixação do regime inicial aberto, diante da natureza e variedade das drogas apreendidas (51 microtubos contendo crack, 16 pedras de cocaína e 48 trouxinhas de maconha).

(...)

6. A nocividade e a diversidade das drogas apreendidas recomendam a fixação do regime inicial intermediário e a negativa à substituição da pena corporal pelas restritivas de direitos, para ambos os acusados (Precedentes).

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de restabelecer o regime semiaberto para o cumprimento pelos pacientes da pena privativa de liberdade.

(HC 364.275/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 11/11/2016)

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0144272-7 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no HC 404.086 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00108783820158260590 108783820158260590 14052015 20170000174695

EM MESA

JULGADO: 03/04/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - SP227133
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELLINGTON FREITAS RIBEIRO (PRESO)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : WELLINGTON FREITAS RIBEIRO (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.