



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 407.219 - SP (2017/0164985-3)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUIS GUILHERME PEREIRA DELLEDONO - SP226676
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SILVANO CIRINO JUNIOR

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. 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 – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou inconstitucionalidade do § 1º 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.

3. Sedimentou-se, nesta Corte Superior, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º, do Código Penal em conjunto com o art. 42 da Lei 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

4. Na hipótese dos autos, embora as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis e o paciente seja primário, a natureza e a quantidade das drogas apreendidas – *51 (cinquenta e uma) porções de cocaína, 08 (oito) de crack e 17 (dezessete) de maconha, prontas para venda* –, utilizadas na terceira fase da dosimetria para afastar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, justificam a fixação do regime prisional mais gravoso.

Habeas corpus não conhecido.

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.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de fevereiro de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 407.219 - SP (2017/0164985-3)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUIS GUILHERME PEREIRA DELLEDONO - SP226676
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SILVANO CIRINO JUNIOR

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de SILVANO CIRINO JUNIOR, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0019909-24.2014.8.26.0071).

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 8 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, ambos da Lei n. 11.343/2006 (tráfico e associação para o tráfico de drogas).

Em sede de apelação, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo defensivo para reduzir a pena corporal do paciente para 8 anos de reclusão, mantidos, no mais, os termos da condenação.

No presente *writ*, a impetrante sustenta constrangimento ilegal na fixação do regime prisional. Alega que *"a pena-base foi fixada no mínimo legal, já que as circunstâncias do art. 59 não são desfavoráveis ao Paciente, de maneira que não havia motivos para ser estabelecido um regime mais severo do que o legal"* (fl. 4).

Requer, assim, liminarmente e no mérito, a fixação do regime inicial semiaberto.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 151/152).

Informações prestadas (fls. 158/198).

O Ministério Público Federal opinou *"pelo não conhecimento do writ e pela concessão da ordem de ofício"* (fls. 207/210).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 407.219 - SP (2017/0164985-3)

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 fixação do regime inicial semiaberto para cumprimento da pena.

O Juízo de primeiro grau aplicou a pena e fixou o regime prisional sob a seguinte fundamentação:

Concluindo pela condenação, passo à dosimetria da pena.

A culpabilidade do réu não merece maior reprovação, pois ficou estrita à prática do delito. O réu não ostenta maus antecedentes. Nada foi apurado sobre a sua conduta social e sua personalidade, assim reputo-as a favor. O motivo do crime é o comum.

Não obstante as ilações acima, ainda em conformidade com as disposições do artigo 59 do Código Penal e 42 da Lei nº 11.343/06, as circunstâncias do crime e as consequências do delito não lhes são favoráveis, em decorrência da maior reprovabilidade da conduta, considerada a quantidade de droga apreendida (51 cinquenta e uma porções de cocaína, 08 (oito) de crack e 17 (dezessete) de maconha, prontas para venda), repita-se, entorpecentes variados e devidamente fracionados, por conseguinte, atingindo um maior número de usuários.

[...]

Desta forma, a pena-base para esta primeira fase deve ser estabelecida acima do mínimo legal em 1/3, perfazendo 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 667 (seiscentos e sessenta e sete) dias-multa, para o delito previsto no artigo 33 da Lei nº 11.343/06, e de 04 (quatro) anos de reclusão e 933 (novecentos e trinta e três) dias-multa para o delito do artigo 35 da Lei nº 11.343/06.

Na segunda fase, há que se considerar a atenuante da menoridade (artigo 65, inciso I do CP), haja avista que à época dos fatos, o réu contava com apenas dezoito anos de idade. Desta forma, atenuo a pena acima fixada em 1/6, ficando assim fixada em 05(cinco) anos 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 445 (quatrocentos e quarenta e cinco) dias-multa, para o crime previsto no artigo 33 da Lei n. 11.343/06 e 03 (três) anos e 04(quatro) meses de reclusão e 778 (setecentos e setenta e oito) dias-multa para o delito do artigo 35 da Lei n. 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na terceira fase, também não há causas de aumento ou diminuição da pena, ficando mantida, assim, as penas acima fixadas 05 (cinco) anos 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 445 (quatrocentos e quarenta e cinco) dias-multa, para o crime previsto no artigo 33 da Lei n. 11.343/06 e 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 778 (setecentos e setenta e oito) dias-multa para o delito do artigo 35 da Lei n. 11.343/06.

Necessário ainda esclarecer que no presente caso, deixo de aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, pois o réu não pode se valer de penas mais brandas. A uma, diante da grande quantidade e variedade de droga encontrada e apreendida no local. A duas, considerando que a associação para o tráfico constitui obstáculo à concessão da benesse.

[...]

Quanto ao regime de cumprimento das penas acima fixadas, será o fechado.

Neste ponto, é preciso salientar que se trata de delito de tráfico ilícito de entorpecentes, portanto crime equiparado ao crime hediondo (art.5º. XLIII, da CF/88), e que a própria Carta Magna previu tratamento diferenciado; mais rigoroso em razão da nocividade desses delitos para o bem estar social. Aliás, a disposição constitucional acima e a jurisprudência dominante, o regime fechado é consentâneo com a hipótese de tráfico, porque o indivíduo que incorre no crime de tráfico - viciando pessoas e destruindo famílias -, revelaria extrema periculosidade. Referida infração ainda intranquilizaria a população e estaria crescendo de modo aterrador, ocasionando, também, o aumento da criminalidade pelo cometimento de crimes para sustento do vício (fls. 174/176).

O Tribunal de Justiça estadual reduziu a pena aplicada, mantendo, no mais, os termos da condenação. Transcrevo, no ponto, o seguinte fragmento do acórdão, *verbis*:

[...]

Depois, em que pese a declaração de usuário perpetrada pelo apelante, **a diversidade, a quantidade da droga apreendida e, sobretudo, as circunstâncias da prisão**, resultado de detalhada investigação que, valendo-se do uso de interceptação telefônica, revelou o bem **engendrado esquema para comercialização e distribuição de drogas ilícitas, envolvendo o ora apelante**, nos termos das imputações postas na sentença condenatória, evidenciando, ademais, a estabilidade necessária ao reconhecimento do delito de associação para o tráfico, chefiada pelo acusado Wellington, que encomendava o entorpecente e comandava a distribuição, após o fracionamento e individualização das porções.

[...]

A dosimetria, no entanto, merece pequeno reparo. A base



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de cada um dos delitos foi fixada acima do mínimo legal, por considerar as circunstâncias e consequências do delito, 'em decorrência da maior reprovabilidade da conduta, considerada a quantidade de droga apreendida', variados e fracionados, atingindo um maior número de usuários. Em que pese a elaborada fundamentação da digna magistrada, entende-se que não foi por demais elevada a quantidade de droga apreendida, a justificar o acréscimo.

Portanto, partindo-se do mínimo, assim fica mantida a despeito da menoridade, afigurando-se correta a vedação do redutor, posto que evidenciado que o réu se dedicasse habitualmente à atividade criminosa. Somadas as penas, restam definitivas **8 anos de reclusão** e pagamento de 1220 dias-multa.

O regime de cumprimento imposto está adequado à reafirmação do direito violado.

Ante tais motivos, afastadas as preliminares, dá-se provimento parcial ao apelo, para reduzir as penas de Silvano Cirino Junior, a oito (8) anos de reclusão e pagamento de um mil duzentos e vinte (1220) dias-multa, no piso, mantendo-se, no mais, a respeitável sentença recorrida.

[...] (fls. 194/196).

Sobre o regime prisional, 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.º 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.

Assim, o regime prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do CP.

Por outro lado, sedimentou-se, nesta Corte Superior, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º, do Código Penal em conjunto com o art. 42 da Lei 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

Na hipótese dos autos, não evidencio a existência de ilegalidade na fixação do regime prisional mais gravoso, pois, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, reconhecida primariedade do paciente e o *quantum* de pena permita, em tese, a fixação do regime mais brando, a natureza e a quantidade das drogas apreendidas – *51 (cinquenta e uma) porções de cocaína, 08 (oito) de crack e 17*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(dezessete) de maconha, prontas para venda –, utilizadas na terceira fase da dosimetria para afastar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, justificam a fixação do regime fechado, nos termos do art. 33, § 2º, b e § 3º, do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/06.

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 E NÃO EXCEDENTE A 8 ANOS. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. REGIME FECHADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o deferimento do regime semiaberto se dá desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, inciso b, e § 3º, c.c. o art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

II - O col. Supremo Tribunal Federal, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento permitindo a valoração da quantidade e a natureza do entorpecente na primeira ou na terceira fase da dosimetria da pena do delito de tráfico de drogas.

III - In casu, a referida circunstância foi fixada na terceira fase da dosimetria. Sendo desfavorável, portanto, impede a fixação do regime semiaberto unicamente em razão da quantidade de pena imposta ao paciente, sendo aplicável o regime mais gravoso na sequência, qual seja, o fechado (precedentes).

Habeas Corpus não conhecido (HC 371.329/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 14/02/2017).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. REGIME FECHADO PARA INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA PENA. HEDIONDEZ DOS DELITOS. INCONSTITUCIONALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. ASSOCIAÇÃO. FUNDAMENTO IDÔNEO. REGIME ADEQUADO. 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II - O 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. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo

III - Nos crimes previstos na Lei 11.343/06, o regime deve ser estabelecido de acordo com o quantum de pena aplicado, levando-se em consideração a primariedade ou não do réu, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, bem como a quantidade e a natureza da droga apreendida, ex vi do art. 42 da Lei de Drogas.

IV - A quantidade e a natureza da droga podem fundamentar a imposição de regime mais gravoso do que o admitido em função apenas do quantum de pena aplicado, desde que tal circunstância concreta tenha sido utilizada na dosimetria da pena, como na presente hipótese, para afastar a causa de diminuição de pena.

Habeas corpus não conhecido (HC 388.448/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 01/08/2017).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. FUNDAMENTOS VÁLIDOS PARA A MODULAÇÃO DO ÍNDICE DE REDUÇÃO. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). CONCURSO MATERIAL. SOMATÓRIO DE PENAS. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. CRITÉRIO IDÔNEO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

[...]

5. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006.

6. A condenação por associação para o tráfico tem o condão de inviabilizar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas, pois essa circunstância impede que o agente preencha os requisitos legais para a aplicação da minorante. Entretanto, não obstante tal entedimento, não é possível o afastamento da benesse nesse momento, restando mais que suficiente o abrandamento aplicado.

7. "Reconhecida a existência do concurso material entre os delitos de tráfico de drogas e associação para o narcotráfico, o regime inicial de cumprimento de pena deve ser fixado de acordo com a soma resultante das penas impostas pelos delitos, consoante o disposto no artigo 111 da Lei de Execução Penal" (HC n. 232.948/TO, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 14/04/2014).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. Embora o paciente seja primário e o somatório das penas tenha ficado em 6 anos e 4 meses de reclusão, o Tribunal de origem, diante do quantum da pena aplicada e da quantidade e da natureza das drogas apreendidas, fixou motivadamente o regime fechado (imediatamente mais grave segundo o quantum da sanção aplicada), em consonância com a jurisprudência desta Corte.

9. Habeas corpus não conhecido (HC 360.878/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 23/08/2016).

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0164985-3

HC 407.219 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00199092420148260071 199092420148260071 20170000294058

EM MESA

JULGADO: 06/02/2018

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

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	: LUIS GUILHERME PEREIRA DELLEDONO - SP226676
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: SILVANO CIRINO JUNIOR

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.