



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 411.685 - SP (2017/0198925-6)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : ALEF FERREIRA SOARES
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANILO DA SILVA VIEIRA - SP373840

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO **HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. PENA SUPERIOR A QUATRO E INFERIOR A OITO ANOS. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE CONSIDERADA NA TERCEIRA FASE PARA AFASTAR A REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO.**

I - 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. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

II - **In casu**, a **quantidade de entorpecentes** foi considerada na terceira fase da dosimetria da pena para impedir a incidência da redutora contida no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Logo, a presença de circunstância desfavorável impede a fixação de regime diverso do **fechado**, nos termos do **art. 33, §§ 2º e 3º, do art. Código Penal, do art. 42 da Lei n. 11.343/06**, apesar de ser o paciente primário e a pena-base ter sido fixada no mínimo legal.

Agravo regimental desprovido.

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

Brasília (DF), 08 de fevereiro de 2018 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 411.685 - SP (2017/0198925-6)

AGRAVANTE : DANILO DA SILVA VIEIRA
ADVOGADO : DANILO DA SILVA VIEIRA - SP373840
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEF FERREIRA SOARES

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de agravo regimental interposto por ALEF FERREIRA SOARES em face da decisão de fls. 473-484, que não conheceu do **habeas corpus**.

Nas razões recursais, o agravante renova as alegações do pedido inicial, a fim de que seja concedido o **writ** ao paciente, para evitar que seja reinserido em regime diverso daquele que tem direito para efeitos de progressão de regime.

Requer, assim, o provimento do agravo para que seja fixado o regime inicial aberto, já que progrediu de regime por decisão do Juízo da Execução, evitando sua regressão ao regime fechado

Por manter a decisão agravada, submeto o feito à **Quinta Turma**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 411.685 - SP (2017/0198925-6)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : DANILO DA SILVA VIEIRA
ADVOGADO : DANILO DA SILVA VIEIRA - SP373840
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEF FERREIRA SOARES

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO **HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS**. REGIME INICIAL FECHADO. PENA SUPERIOR A QUATRO E INFERIOR A OITO ANOS. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE CONSIDERADA NA TERCEIRA FASE PARA AFASTAR A REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. PRECEDENTES. **AGRAVO DESPROVIDO.**

I - 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. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

II - **In casu**, a **quantidade de entorpecentes** foi considerada na terceira fase da dosimetria da pena para impedir a incidência da redutora contida no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Logo, a presença de circunstância desfavorável impede a fixação de regime diverso do **fechado**, nos termos do **art. 33, §§ 2º e 3º, do art. Código Penal, do art. 42 da Lei n. 11.343/06**, apesar de ser o paciente primário e a pena-base ter sido fixada no mínimo legal.

Agravo regimental desprovido.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo regimental.

No que tange à manutenção do regime inicial fechado, o agravante não trouxe qualquer argumento novo capaz de ensejar a alteração do entendimento firmado por ocasião da decisão monocrática, assim proferida:

*"No que tange ao estabelecimento do regime inicial de **fechado**, embora o eg. Tribunal **a quo** o tenha determinado com base na hediondez e na gravidade abstrata do delito, verifica-se, no caso, que a **quantidade de entorpecente** foi 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 o paciente primário e a pena-base ter sido fixada no mínimo legal.*

Neste sentido os seguintes precedentes:

'HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME PRISIONAL FECHADO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. MONTANTE DA PENA QUE NÃO ATENDE AO REQUISITO OBJETIVO DO ART. 44, I, DO CP. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 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.

- 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 n. 440/STJ e 718 e 719/STF.

- No caso, apesar de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e o montante da sanção (5 anos de reclusão) comportar o regime semiaberto, o acórdão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recorrido consignou a necessidade do regime mais gravoso com lastro na quantidade, variedade e nocividade das drogas apreendidas, as quais, inclusive, fundamentaram o não reconhecimento do privilégio, o que está em consonância à jurisprudência desta Corte e ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido' (HC n. 385.934/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 5/4/2017, grifei).

'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.

[...]

2. 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.

3. Concluído pelas instâncias antecedentes, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e no registro de outras condenações não definitivas, que o paciente se dedica a atividades criminosas, a modificação 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.

4. A existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem afastar a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitirem concluir que o agente se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa.

5. O princípio do non reformatio in pejus não obsta que o Tribunal de origem, exercendo sua soberania para dizer o direito, encontre nova fundamentação para manter afastada a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, desde que respeitada a imputação deduzida pelo órgão de acusação e o limite da pena imposta no Juízo de origem.

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 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 n. 386.940/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 23/3/2017, grifei).

'HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO HERÓICO. (I) DOIS PACIENTES. CONDENÇÃO. 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.

[...]

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 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 n. 364.275/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Antonio Saldanha Palheiro**, DJe de 11/11/2016, grifei).

Ante o exposto, não conheço do writ.

P. e I." (fls. 480-484).

Com efeito, conforme já destacado na decisão agravada, o eg. Tribunal **a quo** fixou o regime inicial fechado para o paciente no fato de ser o delito de tráfico de drogas equiparado a crime hediondo, invocando o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 para justificar o regime mais gravoso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A referida norma foi declarada inconstitucional pelo excelso Supremo Tribunal Federal, devendo-se observar o disposto no art. 33, §§2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Ademais, o excelso Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, afastou a hediondez do tráfico privilegiado, conforme v. acórdão proferido nos autos do HC n. 118.533/MS (DJe de 19/9/2016).

No presente caso, contudo, a quantidade de entorpecentes foi considerada na terceira fase da dosimetria da pena para impedir a incidência da redutora contida no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Logo, a presença de circunstância desfavorável impede a fixação de regime diverso do **fechado**, nos termos do **art. 33, §§ 2º e 3º, do art. Código Penal, do art. 42 da Lei n. 11.343/06**, apesar de ser o paciente primário e a pena-base ter sido fixada no mínimo legal.

Diante disso, constato que a agravante não trouxe qualquer argumento novo capaz de ensejar a alteração do entendimento firmado por ocasião da decisão monocrática, que deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0198925-6

AgRg no
HC 411.685 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00171955120168260482 171955120168260482 2016002274 20170000590268 22742016

EM MESA

JULGADO: 08/02/2018

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 : DANILO DA SILVA VIEIRA
ADVOGADO : DANILO DA SILVA VIEIRA - SP373840
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEF FERREIRA SOARES

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 : ALEF FERREIRA SOARES
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANILO DA SILVA VIEIRA - SP373840

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