



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.141 - SP (2016/0325504-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RAFAELA COMUNALE ALEIXO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : YURI EDUARDO COSTA CHICONI

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. FRAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. MANUTENÇÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. ILEGALIDADE. REGIME INICIAL SEMIABERTO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO CABIMENTO. ART. 44, I, DO CP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - O pleito de aplicação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em sua fração máxima não pode ser conhecido, uma vez que o Tribunal de origem, ao reformar a r. sentença, aplicou a causa especial de diminuição de pena no percentual de 1/3 de forma fundamentada.

II - O Plenário do col. **Supremo Tribunal Federal** declarou inconstitucional o art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo.

III - **Na hipótese**, a pena do paciente foi fixada abaixo de quatro anos. Não obstante, não se pode olvidar que a quantidade de entorpecentes foi considerada na terceira fase da dosimetria, modulando-se a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei 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 fixado o regime intermediário para o início de cumprimento da pena.

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, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de março de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.141 - SP (2016/0325504-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em benefício de YURI EDUARDO COSTA CHICONI contra o v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado às penas de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, e 1 (um) ano de detenção, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 426 (quatrocentos e vinte e seis) dias-multa, no piso legal, como incurso no art. 33, **caput**, da Lei nº 11.343/2006 e art. 12, da Lei nº 10.826/03, na forma do artigo 69, do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, o qual deu parcial provimento ao apelo, para reduzir a pena do delito de tráfico de entorpecentes para 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e ao pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, no valor mínimo legal, bem bem como para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda referente ao delito de posse irregular de munições.

Daí o presente **habeas corpus**, no qual o impetrante se insurge contra a dosimetria da pena referente ao crime de tráfico de entorpecentes.

Nesse sentido, postula o estabelecimento da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 no patamar máximo, a fixação do regime inicial aberto e, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Liminar indeferida, à fl. 68.

As informações foram prestadas às fls. 77-145.

O d. Ministério Público Federal, às fls. 149-156, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, mas, caso assim não seja decidido, pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.141 - SP (2016/0325504-0)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. FRAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. MANUTENÇÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. ILEGALIDADE. REGIME INICIAL SEMIABERTO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO CABIMENTO. ART. 44, I, DO CP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - O pleito de aplicação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em sua fração máxima não pode ser conhecido, uma vez que o Tribunal de origem, ao reformar a r. sentença, aplicou a causa especial de diminuição de pena no percentual de 1/3 de forma fundamentada.

II - O Plenário do col. **Supremo Tribunal Federal** declarou inconstitucional o art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo.

III - **Na hipótese**, a pena do paciente foi fixada abaixo de quatro anos. Não obstante, não se pode olvidar que a quantidade de entorpecentes foi considerada na terceira fase da dosimetria, modulando-se a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei 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 fixado o regime intermediário para o início de cumprimento da pena.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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**.

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

"Passa-se a dosimetria das penas.

Em relação ao delito previsto no artigo 33, "caput", da Lei 11.343/06, a reprimenda comporta reparos:

Sopesadas as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, e artigo 42, da Lei 11.343/06, a pena base foi bem fixada no mínimo legal.

Na fase intermediária, bem reconhecida a atenuante da menoridade relativa, porém não tem o condão de reduzir a pena aquém do mínimo legal (Súmula 231, do STJ).

*Ao final, bem reconhecida a causa de diminuição da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, **porém entendo que não há óbice a aplicação do percentual de 1/3 (um terço), levando-se em consideração a quantidade de entorpecente apreendido.** Assim, a pena do apelante resulta em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e ao pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, no valor mínimo legal.*

Em relação ao delito previsto no artigo 12, da Lei 10.826/03, a pena aplicada não comporta reparos.

Sopesadas as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, a pena base foi bem fixada no mínimo legal, e assim mantida na ausência de outras causas modificadoras.

***O regime prisional fixado para o delito de tráfico de drogas, qual seja, o inicial fechado, deve prevalecer, levando-se em conta a Lei 11.464, de 28 de março de 2007, que alterou a redação do artigo 2º da Lei 8.072/90, permitindo a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados.** Desse modo, inviável, a fixação de regime mais brando para o cumprimento da reprimenda, tendo em vista que o fechado é o único capaz de prover ressocialização ao increpado,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tendo em vista que suas limitações são as mais rigorosas possíveis, ensejando a reflexão e a repressão do impulso delitivo.

Quanto ao delito de posse irregular de munições, não se justifica a fixação de regime inicial fechado, eis que referido delito é apenado com detenção. Assim, fixo o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena, nos termos do artigo 33, § 2º, do Código Penal" (fls. 59-60 - grifei).

De início, importante registrar que a insurgência paira apenas em relação à dosimetria do delito de tráfico com seus consectários, de maneira que analiso somente tal questão.

Quanto ao regime inicial fechado, importante consignar que o col. **Supremo Tribunal Federal**, por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 17/12/2013), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com redação dada pela Lei n. 11.464/07, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Seguindo tal orientação, firmou-se o entendimento nesta Corte segundo o qual, independentemente da hediondez do crime, o julgador deve 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.

Assim, o deferimento do regime **aberto** se dá desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, 'c', e § 3º, c/c o art. 59 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 quantidade e natureza das drogas apreendidas (haxixe e maconha)** foram consideradas 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**. Com efeito, a fração eleita pela Tribunal de origem de 1/3 (um terço) mostrou-se adequada e razoável ao caso concreto, razão pela qual não há nenhuma ilegalidade a ser sanada.

Sendo 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**.

De igual modo, referida circunstância não recomenda a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, mesmo sendo o paciente primário e tendo a pena sido fixada em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 - grifei).*

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 **habeas corpus**.

Contudo, **concedo a ordem de ofício para fixar o regime inicial semiaberto** para o início de cumprimento da pena do paciente, em relação ao crime de tráfico de drogas.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0325504-0

HC 382.141 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00154048120158260482 154048120158260482 20160000624506

EM MESA

JULGADO: 09/03/2017

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	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: RAFAELA COMUNALE ALEIXO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: YURI EDUARDO COSTA CHICONI

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

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.