



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 386.827 - SP (2017/0019155-4)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
IMPETRANTE : BRUNO FELIX DE PAULA
ADVOGADO : BRUNO FÉLIX DE PAULA - SP375946
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DYKRAN ARSLANIAN FATORI (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. **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, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - A circunstância judicial referente à quantidade e variedade da droga poderá incidir na primeira ou terceira fase da dosimetria da pena, para exasperar a pena-base, afastar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, ou ainda para modular o nível de redução da pena, sempre de maneira não cumulativa. Precedentes.

III - 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.

IV - Todavia, na espécie, a quantidade do entorpecente serviu de fundamento para afastar a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, bem como foi apresentada fundamentação concreta relativa à especial gravidade do delito praticado, o que impede a fixação do regime semiaberto unicamente em razão da quantidade da pena imposta. Precedentes.

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de maio de 2017(Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 386.827 - SP (2017/0019155-4)

RELATÓRIO

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

Depreende-se dos autos que o ora paciente foi condenado às penas de **cinco anos e dez meses de reclusão**, em regime inicial fechado, e de **quinhentos e oitenta e três dias-multa**, no valor mínimo legal, pela prática do delito previsto no art. 33, **caput**, da Lei n.º 11.343/2006 (fl. 43).

Irresignada, a Defesa interpôs apelação criminal, na eg. Corte estadual, que a ela deu parcial provimento, para reduzir a pena do paciente a **cinco anos de reclusão** e ao pagamento de **quinhentos dias-multa**, mantidos, quanto ao restante, os demais termos da condenação (fls. 82-98).

Daí o presente **mandamus**, no qual o impetrante alega que *"o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 04 (quatro) anos e não exceda a 08 (oito) anos, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto"* (fl. 4).

Aduz que foi declarada, pelo col. Pretório Excelso, a inconstitucionalidade do disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90.

Sustenta que considerar a quantidade de entorpecentes para a *"aplicação do 'tráfico privilegiado' em patamar inferior ao máximo é forçosamente justo. Contudo, subverter a ordem para não aplicação na primeira fase da aplicação da pena e considera-la como causa que obsta a aplicação de uma causa de diminuição de pena extrapola os limites da interpretação"* (fl. 8).

Requer, ao final, seja a ordem concedida para readequar o regime inicial de cumprimento de pena imposto ao paciente, fixando-lhe a modalidade em semiaberto e para aplicar-lhe a causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado. Em consequência, deve ser afastado o caráter hediondo do delito pelo qual restou condenado o paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi denegada, à fl. 73.

As informações foram prestadas, às fls. 80-104.

O **Ministério Público Federal** manifestou-se conforme parecer, cuja ementa colaciono, a seguir:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME FECHADO BASEADO NA HEDIONDEZ DO CRIME DE TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. PACIENTE PRIMÁRIO. BONS ANTECEDENTES. 492,28 GRAMAS DE MACONHA). FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PARECER PELA CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO" (fl. 109).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 386.827 - SP (2017/0019155-4)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. **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, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - A circunstância judicial referente à quantidade e variedade da droga poderá incidir na primeira ou terceira fase da dosimetria da pena, para exasperar a pena-base, afastar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, ou ainda para modular o nível de redução da pena, sempre de maneira não cumulativa. Precedentes.

III - 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.

IV - Todavia, na espécie, a quantidade do entorpecente serviu de fundamento para afastar a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, bem como foi apresentada fundamentação concreta relativa à especial gravidade do delito praticado, o que impede a fixação do regime semiaberto unicamente em razão da quantidade da pena imposta. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido.



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**.

Para melhor análise das questões aduzidas, colaciono o que dispôs o v. acórdão combatido sobre a redutora do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, bem como sobre a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, **in verbis**:

"Entrementes, comporta a dosimetria breve modificação.

Não pode prevalecer, na primeira fase, o acréscimo determinado pelo MM. Juiz sentenciante, pois a quantidade de droga apreendida, como se verá, servirá de lastro para a negativa da causa especial de diminuição de pena.

Com isso e ausentes antecedentes criminais documentalmente comprovados nos autos, retorno a pena de partida ao mínimo legal.

Ao depois, na segunda etapa, inexistiram quaisquer circunstâncias atenuantes e agravantes que devessem ser consideradas.

Na terceira e última fase, não era mesmo o caso de reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Isto porque, a elevada quantidade de droga apreendida obstava o reconhecimento do aludido redutor, pois não é suficiente o mero preenchimento objetivo dos requisitos preconizados no aludido dispositivo legal – primariedade, bons antecedentes e não dedicação às atividades criminosas ou participação em organização criminosa – para que seja declarado o direito à diminuição da pena.

Há, também, necessidade da fiel observância do artigo 42, da Lei nº 11.343/06, que estabelece que a natureza e a quantidade da substância ou produto entorpecente devem ser consideradas, com preponderância, sobre o que dispõe o artigo 59, do Código Penal, permitindo, por isso mesmo e por antítese ao primeiro dispositivo (artigo 42), até mesmo a negativa da redução.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, além das circunstâncias pessoais favoráveis (artigo 59, do CP) e por oposição à regra do artigo 42, da Lei de Drogas, não pode ser excessiva, como na hipótese dos autos, a quantidade de entorpecente apreendida, sob pena de inaplicabilidade do redutor em questão.

E nem se diga que não era demasiada a quantidade de droga confiscada pelos policiais militares.

Vale lembrar que foram apreendidos, para fins de comércio, 492,28 g (quatrocentos e noventa e dois gramas e vinte e oito centigramas) de maconha, entorpecente este que poderia ter sido distribuído a inúmeras pessoas, quiçá crianças e adolescentes, o que constitui, por si só, fator bastante para que não seja considerada como quantia ínfima ou de reduzida potencialidade lesiva.

Não poderia o apelante, por isso mesmo, ser rotulado de traficante eventual ou ocasional, este, sim, o único alvo da benesse legal criada, ainda que indevidamente, pelo legislador.

Porém, se a circunstância da elevada quantidade servir, como aqui se viu, para a **negativa do redutor**, não pode, ao mesmo tempo, funcionar como supedâneo para a majoração da pena de partida, sob pena de ocorrência de censurável **bis in idem**.

Diante disso e ausentes outras causas modificadoras aplicáveis, fixo a pena do apelante, definitivamente, em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

O regime de cumprimento de pena, por seu turno, foi estipulado com correção.

A Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, modificando disposição da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), estatuiu, de maneira expressa, em seu artigo 2º, § 1º, que as penas relativas aos crimes previstos no **caput** deste artigo – entre eles o tráfico ilícito de entorpecentes – serão cumpridas inicialmente em regime fechado, como acertadamente estabeleceu o nobre magistrado sentenciante.

Não se desconhece, é bem verdade, que o plenário do Pretório Excelso, no julgamento do Habeas Corpus nº 111.840/ES, declarou **incidenter tantum** a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007.

Contudo, como é notório, dito julgamento não tem efeito **erga omnes**, razão pela qual sua aplicação não é imediata e automática.

E isso é, ao revés do que possa parecer, nitidamente salutar, pois evita a estagnação da produção intelectual em primeira e segunda instâncias, permitindo a criação e evolução jurídica no país.

Convém rememorar que a conduta efetivamente perpetrada pelo acusado não pode ser tida como de menor desvalor ou de reduzida lesividade social, compatível com o cumprimento de pena no regime intermediário, haja vista que teria ele a possibilidade, desde logo, de convívio social esporádico, com as saídas temporárias, para o que, à evidência, não está apto, mercê da nocividade indiscutível do crime que cometeu.

Além do mais e no caso específico destes autos, observo que as circunstâncias judiciais são amplamente desfavoráveis ao apelante, já que traficava,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de maneira ousada e irresponsável, durante o período noturno e em cidade pacata do interior paulista, grande quantidade de nociva substância entorpecente, colocando em risco toda a população, especialmente a mais jovem e indefesa.

Sua conduta, como nitidamente se vê, revelou periculosidade concreta e efetiva, pois geradora de desassossego e intranquilidade social latente, tudo de modo a justificar o regime inicial de cumprimento de mais rigoroso.

Assim, afigura-se totalmente inviável a imposição de regime inicial diverso do fechado, nos casos em que o agente é processado e condenado por crime de tráfico ilícito de entorpecentes, sobretudo nas condições como as observadas nestes autos" (fls. 92-96).

Logo, a causa especial de diminuição de pena foi afastada em razão da quantidade da droga apreendida. O regime inicial de cumprimento de pena foi estabelecido pela natureza hedionda do crime e em função de considerações sobre a sua gravidade concreta.

Inicialmente, cumpre registrar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade. 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).

Quanto à incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, esta Corte tem se posicionado no sentido de que a quantidade e a natureza da droga podem afastar essa minorante, desde que observada a vedação do **bis in idem**.

Colaciono precedentes desta Corte que corroboram a tese ora aventada, **verbis**:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. ART. 42 DA LEI 11.343/06 EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, na fixação das penas deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante disposto no art. 42, da Lei n. 11.343/06.

[...]

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, tendo em vista que as circunstâncias do caso - principalmente a quantidade de droga apreendida - demonstram não se tratar de traficante eventual."

[...]" (AgRg no HC n. 268.565/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 23/10/2014, grifei).

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. NÃO APLICAÇÃO. CUMPRIMENTO DA PENA. REGIME INICIAL MAIS RIGOROSO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA. § 1º DO ART. 2º DA LEI N. 8.072/90. VEDAÇÃO. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. INDIVIDUALIZAÇÃO DO REGIME.

[...]

2. Admite esta Corte Superior que a natureza e a quantidade da substância entorpecente justifiquem a não aplicação da minorante do tráfico privilegiado" (HC n. 300 550/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 6/10/2014, grifei).

Na hipótese, a quantidade da droga (**492,28 g de maconha**) influiu no **afastamento da minorante**, não havendo, portanto, qualquer ilegalidade flagrante.

No que tange ao **regime inicial de cumprimento de pena**, cumpre registrar que o Plenário do 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, não sendo mais possível, portanto,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal e as especificidades do caso.

Este também é entendimento perfilhado por esta Corte, **verbis**:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS, PORTE ILEGAL DE ARMA E RECEPÇÃO. PENAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. DESCABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SANÇÃO MAIOR QUE QUATRO ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. RÉU PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. ADEQUAÇÃO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

7. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

8. Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, em se tratando de réu primário e com bons antecedentes, não existe razão para negar o regime inicial semiaberto.

9. Ordem de habeas corpus não conhecida. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente" (HC n. 239.999/MS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 21/8/2014, grifei).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. QUANTIDADE DE DROGAS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]

3. *Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.*

4. *In casu, a imposição do regime inicial fechado baseou-se, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Ademais, sequer foi analisada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quanto aos pacientes DEIVID e SIDNEY.*

5. *Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que o Tribunal a quo não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal.*

6. *Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastadas a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas e a fundamentação referente à gravidade abstrata do delito, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, quanto aos três pacientes, e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, quanto aos pacientes DEIVID e SIDNEY" (HC n. 271.147/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 26/9/2014, grifei).*

Não obstante tal entendimento, verifica-se que a quantidade do entorpecente foi considerada na terceira fase da dosimetria da pena.

Sobre o tema, veja-se o que dispõe o art. 42, da Lei 11.343/2006:

"Art. 42. 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."

Desse modo, sendo tal circunstância desfavorável, impede a fixação do regime semiaberto unicamente em razão da quantidade de pena, **ex vi** dos arts. 33, § 2º, **b**, e § 3º, do CP, e 42 da Lei 11.343/06.

Neste sentido, os seguintes precedentes:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO. [...] TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. MODO PRISIONAL MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.

2. Na espécie, a gravidade concreta do crime, evidenciada pela quantidade do entorpecente apreendido - 99,40 gramas de maconha e 23,12 gramas de cocaína -, justifica a imposição do regime inicial fechado.

3. *Habeas corpus* não conhecido" (HC n. 316.186/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 28/4/2015).

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. REGIME INICIAL FECHADO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO CABIMENTO. ART. 44, I, DO CP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de *habeas corpus* substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordem de ofício.

III - No caso dos autos, as circunstâncias do crime (dentre elas, a expressiva quantidade e diversidade de drogas apreendidas - 53,11 g de maconha, 116,58 g de crack e 27,78 g de cocaína) justificam o afastamento da minorante, eis que há indicativo de que o paciente se "dedica a atividades criminosas", incorrendo, portanto, o permissivo legal previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 (precedentes).

IV - O col. STF, 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 666.334 RG/AM, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 6/5/2014).

V - Na espécie, a quantidade e natureza do entorpecente foram valoradas para afastar a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Sendo desfavorável, portanto, a circunstância, impede a fixação do regime semiaberto unicamente em razão da quantidade da pena imposta. Neste sentido, correta a fixação do regime fechado para o início de cumprimento da reprimenda (precedentes).

VI - Aplicada pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos, a paciente não faz jus à substituição da reprimenda por pena restritiva de direitos (art. 44, inciso I, do CP).

Habeas corpus não conhecido" (HC n. 309.244/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 21/5/2015).

Ademais, a instância **a quo** também fundamentou o agravamento do regime fixado para o início do desconto da reprimenda pelo paciente na gravidade concreta do delito por ele praticado (tráfico noturno de grande quantidade de entorpecente em cidade pacata do interior paulista), o que, da mesma maneira, a jurisprudência vem admitindo:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 6 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL CONSIDERADA COMO DESFAVORÁVEL NO JULGAMENTO DE RECURSO EXCLUSIVO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DA DEFESA. **REFORMATIO IN PEJUS**. OCORRÊNCIA. PENA-BASE REDUZIDA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. MAUS ANTECEDENTES QUE INVIABILIZAM A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES ILÍCITAS EVIDENCIADA. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719 do STF.

- No caso, inexistente coação ilegal a ser sanada, pois, embora o montante da pena (5 anos e 6 meses de reclusão) comporte, a princípio, o regime inicial semiaberto, o fato de a pena-base ter sido estabelecida acima do mínimo legal demonstra a necessidade do regime mais gravoso, ante a gravidade concreta do delito, nos termos do disposto no art. 33, § 2º e 3º, do Código Penal. Precedentes.

- **Habeas corpus** não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para, reconhecendo a **reformatio in pejus** promovida pelo Tribunal de origem ao julgar o apelo defensivo, reduzir as penas para 5 anos e 6 meses de reclusão e 550 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação" (HC n. 363.137/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 25/4/2017).

"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. RÉUS QUE SE DEDICAM À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. APELAÇÃO PENDENTE DE JULGAMENTO NA ORIGEM. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE A AUTORIZAR A INTERVENÇÃO PREMATURA DESTA CORTE. APELO EM LIBERDADE. PRISÃO CAUTELAR MANTIDA PARA GARANTIA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE DO DELITO. RÉUS QUE PERMANECERAM PRESOS DURANTE A PERSECUÇÃO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

[...]

2. Ademais, não se identifica a manifesta ilegalidade sustentada pela defesa a permitir a atuação prematura desta Corte, pois, em princípio, foram apontados elementos concretos para se afastar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, consubstanciados na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade e na forma de acondicionamento dos entorpecentes apreendidos (1 porção de haxixe, com 353,3 g, 1 porção de maconha "Skunk", com 893,6 g, 1 porção de ecstasy, com 154 g e 53 comprimidos de ecstasy, com 13,6 g), e no fato de que há provas da comercialização de drogas pelos pacientes em eventos por eles organizados. Quanto ao regime prisional, foi ressaltada a gravidade dos fatos apurados para justificar a imposição do modo inicial fechado.

[...]

6. **Habeas corpus** não conhecido" (HC n. 372.610/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 26/4/2017).

Logo, não se vislumbra flagrante ilegalidade na fixação do regime **fechado** para início de cumprimento da pena.

Ante o exposto, não conheço do **writ**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0019155-4

HC 386.827 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00011762020158260509 00101683920148260077 101683920148260077
11762020158260509

EM MESA

JULGADO: 16/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : BRUNO FELIX DE PAULA
ADVOGADO : BRUNO FÉLIX DE PAULA - SP375946
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DYKRAN ARSLANIAN FATORI (PRESO)

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